

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LES CONTOURS CIVILISTES DE LA FRAUDE CRIMINELLE : POUR UNE APPROCHE TRANSVERSALE, PARTIE II (ASPECTS PRATIQUES)

Auteur(s) : Mario NACCARATO
avec la collaboration de Simon-Pierre BERNARD AREVALO

Revue : RDUS, 2015, volume 45, numéro 3

Pages : 511-574

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/9920>

DOI : <http://dx.doi.org/10.17118/11143/9920>

Page vide laissée intentionnellement.

LES CONTOURS CIVILISTES DE LA FRAUDE CRIMINELLE : POUR UNE APPROCHE TRANSVERSALE, PARTIE II (ASPECTS PRATIQUES)

par Mario NACCARATO*

avec la collaboration de Simon-Pierre BERNARD AREVALO**

L'infraction de fraude est généralement régie de manière ouverte. Le défi est de couvrir les nombreuses possibilités sans ratisser trop large au point de violer les principes de la légalité et des droits fondamentaux. Cet article vise à circonscrire l'infraction de fraude à l'aide de normes civiles afin de régir cette tension, au point de couvrir le plus grand éventail de possibilités de fraudes.

The crime of fraud, as provided for under section 380 of the Canadian Criminal Code, is drafted in an open-ended manner. The challenge inherent in the application of this provision relates to covering various situations without casting too wide a net which could potentially violate the principles of legality and clarity inherent in the respect of fundamental rights. This article proposes an approach aimed at delimiting the crime of fraud by referring to civil norms in order to set out the greatest range of possible applications while remaining within the parameters of Charter principles.

*. LL.D., avocat et professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université Laval. Ce texte est dédié à la mémoire de mon père Antonio Naccarato.

** M.D., LL.M., LL.D. (c), Université Laval.

Les auteurs aimeraient remercier la Fondation pour la recherche juridique pour la subvention ayant aidé à financer les recherches relatives au présent article. Les auteurs remercient Audrey Létourneau pour sa participation à la recherche.

SOMMAIRE

Introduction	513
1. La répression du fait juridique.....	513
1.1 Le fait juridique non criminellement répréhensible ...	514
1.2 Le fait juridique criminellement répréhensible	515
2. La répression de l'acte juridique.....	518
2.1 La fraude commise à l'occasion de la création de l'acte juridique.	520
2.2 La fraude commise à l'occasion de l'exécution de l'acte juridique.	526
2.2.1 La simple inexécution	526
2.2.2 La non-restitution d'acomptes.....	529
2.2.3 Le cas des contrats relationnels.....	531
2.2.3.1 Le contrat de regroupement (Syndicate).....	534
2.2.3.2 Le contrat de travail.....	536
2.2.3.3 Le directeur de société	539
2.2.3.4 Le fiduciaire et le mandataire	543
2.2.3.5 Le contrat de confiance accrue.....	546
3. La répression de la violation de lois particulières	548
3.1 Droit des sociétés par actions.....	548
3.2 Droit fiscal	554
3.3 Propriété intellectuelle.....	555
3.4 Droit bancaire	556
3.5 Droit des produits dérivés	560
3.6 Droit de la faillite et de l'insolvabilité	562
3.7 Droit social	563
3.8 Droit professionnel.....	565
4. Défense de légalité civile.....	567
Conclusion	569

Introduction

Le présent article correspond à la deuxième partie d'une étude dont la première partie, publiée dans la présente revue, a porté un regard critique sur l'approche positiviste du traitement de l'infraction de fraude criminelle en droit canadien et propose une approche fondée sur l'internormativité des droits civil et pénal¹.

L'objectif principal visé par cette étude est de faire de la troisième modalité de la fraude (par autre moyen dolosif) une infraction dont l'application serait respectueuse de la règle *nulla poena sine legge* et de faire de l'application de cette norme une question de droit uniforme quelle que soit l'infraction reprochée.

La partie II (aspects pratiques) vise donc à valider la partie I à la lumière du droit positif et de la doctrine.

Le présent article se divise en deux principales sections soit le traitement criminel de la fraude à l'occasion de faits juridiques (1) et la commission de la fraude à l'occasion de l'acte juridique (2). Ces deux sections s'emploient à faire l'analyse de l'internormativité des normes civiles et pénales alors qu'il s'ajoute une troisième section à titre d'illustration montrant que cette approche peut tout aussi bien s'appliquer dans un cadre internormatif visant, à la fois, le droit criminel et d'autres lois sectorielles provenant du droit privé fédéral ou du droit public provincial ou fédéral. Enfin, la quatrième section s'emploie à montrer que si l'infraction criminelle reprochée doit comporter d'abord une illicéité extra-pénale, *a contrario*, la licéité extra-pénale de l'acte reproché emporte un moyen de défense.

1. La répression du fait juridique

L'application de l'internormativité civile et criminelle suppose que le droit criminel économique soit auxiliaire au droit civil et ne s'appliquera qu'en dernier ressort. Voilà le postulat d'auxiliarité

1. Mario NACCARATO, « Les contours civilistes de la fraude criminelle: pour une approche transversale, partie 1: aspects épistémologiques », (2014) 44 R.D.U.S. 173 (ci-après « *Partie I* »).

fondé sur le principe de l'*ultima ratio*. Selon ce postulat, l'illicéité au plan civil n'est sanctionnée en droit criminel que si elle comporte le degré de gravité nécessaire².

Or, il en découle que le droit criminel économique interviendra dès lors qu'un crime ayant fait naître des obligations civiles aura été commis. Cela suppose la création d'une obligation qui, selon les écoles, naît de différentes façons. Le Code civil divise les obligations en contractuelles et légales tandis que la doctrine les classifie en fonction des actes juridiques et des faits juridiques. Sans entrer dans ce débat, nous choisissons d'étaler notre étude en fonction de cette dernière catégorisation vu le caractère volontariste de l'acte ou du fait donnant lieu à une répression criminelle. Le premier est le fait juridique qui peut être défini comme étant un « évènement qui entraîne des effets juridiques sans que ces effets aient été recherchés par l'individu qui en est l'auteur »³. En revanche, l'acte juridique s'oppose au fait juridique en ce sens qu'il est issu de la « manifestation de volonté individuelle qui est destinée à créer, modifier ou éteindre un droit »⁴.

Nous savons que ce ne sont pas tous les faits ou actes juridiques qui peuvent faire l'objet d'une sanction criminelle. Seuls le sont ceux qui comportent le degré de gravité nécessaire et qui violent les valeurs fondamentales de notre société⁵.

1.1 Le fait juridique non criminellement répréhensible

Le droit criminel étant un outil de dernier recours, il n'intervient que pour les cas les plus graves. Ainsi, on ne saurait punir un acte de simple négligence ou encore une simple faute⁶. Or,

2. Voir : *Partie I*, sections 1 et 2.

3. Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 7^e éd. par P.-G. JOBIN et Nathalie VÉZINA, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2013, n° 48, p. 61.

4. *Id.*, n° 47, p. 60.

5. R. c. *Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213, par. 42 (J. La Forest); Gisèle CÔTÉ-HARPER, Pierre RAINVILLE et Jean TURGEON, *Traité de droit pénal canadien*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 61.

6. *Partie I*, section 2.2.

c'est avec à-propos que la Cour supérieure de comté de justice de l'Ontario conclut, dans une affaire de déclaration erronée faite aux assureurs, que les agissements de l'accusé, bien que *careless*, ne comportaient pas « the stigma of recklessness, as defined in the criminal law »⁷.

En revanche, l'insouciance de l'accusé qui laisse le soin à sa conjointe de faire ses déclarations au bureau de l'aide sociale sans suffisamment en vérifier l'exactitude aura un comportement teint d'insouciance (*recklessness*) frauduleux et répréhensible au sens du droit criminel⁸.

1.2 Le fait juridique criminellement répréhensible

Le fait juridique est un fait non nécessairement volontaire qui emporte des obligations tandis que l'acte juridique résulte de la volonté et implique généralement une autre partie. Il est reconnu en droit civil que la fraude (le dol), même si commise à l'occasion d'un acte juridique, constitue un fait juridique⁹.

Cela fait de la fraude ou du vol un fait susceptible d'être prouvé par tous moyens de preuve, dont la preuve testimoniale même pour contredire un écrit valablement fait. Autrement dit, l'acte juridique apparent constitue davantage un fait juridique de la nature d'un délit par celui qui l'a commis.

En revanche, tout fait juridique ne constitue pas une fraude en droit criminel. Encore faut-il que ce fait juridique comporte le degré de gravité requis.

7. R. c. *Staples*, [1999] O.J. No. 4197, par. 21, (S.C.J.) (LN/QL), (j. Stach).

8. R. c. *Pomeroy*, [1993] A.N.-B. No. 368 (Q.B.) (LN/QL).

9. Maurice TANCELIN, *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7^e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 2009, n° 194, p. 146-147; Mario NACCARATO, *De l'incidence normative du droit privé au regard du droit criminel économique: perspectives de droit transsystémique (Canada, Angleterre, Suisse et France)*, coll. «Minerve», Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 76-77 (voir, de façon plus particulière, la note de bas de page 254).

Pour mieux illustrer la différence entre le fait et l'acte juridique criminellement répréhensible, nous pouvons nous baser sur la distinction existante entre le vol et la fraude. Le premier comporte généralement, dans son sens pur, un acte d'appropriation de la nature d'un fait juridique tandis que le deuxième comporte généralement un accord de volonté, bien que vicié par la fraude. Le célèbre auteur Irénée Lagarde distinguait le vol de la fraude ainsi :

La fraude ressemble souvent au vol au moyen d'un truc. Pour distinguer entre la fraude et le vol, il faut alors avoir recours au test

« a - si le propriétaire n'a jamais eu l'intention de se départir de la propriété de ce bien, c'est un vol;
b - le propriétaire, à cause de la supercherie, du mensonge ou autre moyen dolosif, a consenti à se départir de son bien, c'est une fraude. (Source omise) »¹⁰

Il importe de souligner que depuis les propos tenus par le professeur Lagarde, la fraude par autre moyen dolosif s'est étendue à d'autres actes n'impliquant pas des personnes en présence l'une de l'autre. Tel est l'exemple de la violation des droits de propriété intellectuelle sans que la victime et l'auteur du crime se connaissent ou soient en présence l'une de l'autre¹¹.

Il importe aussi de préciser qu'il arrive à l'occasion que les tribunaux confondent le vol et la fraude pour les assimiler, ce qui ne fait pas, d'après nous, de ces deux infractions une seule et même infraction au sens du droit criminel. En droit criminel canadien, nous pouvons encore justifier la nette distinction qui existe entre le vol et la fraude ainsi que celle entre le fait et l'acte juridique proprement dits¹².

10. Irénée LAGARDE, *Droit pénal canadien*, 2^e éd., vol. 1, Montréal, Wilson et Lafleur, 1974, partie VIII, n° 338, p. 888, feuilles mobiles, à jour au (date de dernière mise à jour du cartable).

11. À titre d'exemple voir : *R. c. Kirkwood*, (1983) 5 C.C.C. (3rd) 393 (Ont. C.A.).

12. Sur cette question voir : M. NACCARATO, préc., note 9, p. 415-423.

Cela dit, il importe de voir quelques exemples montrant la nature du fait juridique susceptible de répression criminelle. Dans une affaire portée devant les tribunaux de Terre-Neuve, l'accusée est héritière de sa grand-mère, mais, en vue de profiter d'une plus grande cote issue de la succession, elle tait aux autres héritiers potentiels, la mort de sa grand-mère. Il a été jugé que cette omission volontaire constitue un geste « malhonnête » susceptible d'être sanctionné par l'infraction générale de fraude. Il importe de mentionner que l'accusée a aussi transmis une lettre dans laquelle elle affirmait ne pas connaître d'autres héritiers. Par ailleurs, il n'est pas dit dans le jugement si la prévenue avait une obligation légale de divulguer la mort de sa grand-mère. En l'absence de pareille obligation, nous doutons de la culpabilité de l'accusée dans de telles circonstances, car l'omission pure en l'absence d'une obligation légale d'agir, ne constitue pas, en principe, un acte criminel¹³.

Une autre illustration de fait juridique criminellement répréhensible est celle de la personne qui, sans l'accord du propriétaire d'un bien, consent une hypothèque à un tiers sur ce bien. Les deux parties ne sont pas en présence l'une de l'autre et aucun acte juridique n'intervient entre la victime et l'accusé. Le prévenu est déclaré coupable de fraude criminelle¹⁴.

Un dernier exemple mérite d'être souligné. Il s'agit du cas de figure mieux connu en droit civil comme la *fraude à la loi*. Il s'agit d'un geste posé afin de contourner une disposition de la loi qui serait autrement trop prohibitive. En d'autres termes, on essaie de faire indirectement ce que l'on ne peut pas faire directement. La fraude à la loi est sanctionnée en droit civil tantôt en vertu de l'interprétation dite extensive de la loi (celle qui est contournée), tantôt en vertu de la cause illicite de l'acte frauduleux ou encore en vertu de la théorie générale de la fraude en droit civil connue sous la maxime *fraus omnia corrumpit*¹⁵. La sanction pénale du silence,

13. R. c. Moore, [1998] N.J. No. 1 (P.C.) (LN/QL).

14. R. c. Uhersky, 1998 ABQB 891.

15. Pour un cas de fraude à la loi, voir l'affaire R. c. Schafer, 2000 SKQB 177 où l'accusé a utilisé plusieurs personnes morales dont il avait le contrôle afin d'effectuer une série de transactions qui lui ont permis de financer

ou de l'inaction en l'espèce, se justifie par la présence d'un devoir de faire ou de déclarer édicté par le droit privé, les lois sectorielles ou la common law.

Cette théorie de la fraude à la loi vise une catégorie résiduaire de gestes frauduleux qui ne sont pas autrement sanctionnés de façon spécifique par le Code civil. Le législateur français à l'époque de l'adoption du Code civil refusait d'adopter une disposition générale de fraude afin qu'on ne puisse pas en connaître les paramètres pour mieux la contourner. Les légistes ont préféré conserver la vieille maxime de droit romain permettant aux tribunaux de sévir au cas par cas. Il s'agit de l'occurrence la plus difficile à qualifier, car, ni le droit criminel ni le droit civil ne sanctionnent pareil geste formellement. Cependant, une fois catégorisés les autres cas de figure, s'il ne restait que la fraude à la loi à interpréter au cas par cas, le présent exercice en aurait valu la peine. À titre d'exemple, citons l'affaire *Torkoly* où le marchand de meubles qui tente de transiger des bons pour des biens fournis par un programme social du ministère de l'Aide sociale est déclaré coupable de tentative de fraude¹⁶.

Regardons maintenant du côté de la répression pénale pour fraude, l'acte juridique au sens du droit civil.

2. La répression de l'acte juridique

Nous avons vu que l'acte juridique est la manifestation de la volonté qui agit afin de créer, modifier ou éteindre un droit. L'acte juridique se crée généralement, mais pas nécessairement, entre deux personnes. C'est ce dernier cas de figure qui est recensé le plus souvent dans la jurisprudence en matière de fraude criminelle. Le cas type est celui du dol à l'occasion de la création de l'acte juridique. Le dol résulte généralement du mensonge ou d'un stratagème destiné à tromper une partie cocontractante afin qu'elle

une entreprise située en sol américain à partir de fonds d'investisseurs étrangers contrairement aux règles du programme d'investissement du gouvernement fédéral.

16. R. c. *Torkoly*, [1991] A.J. No. 502 (P.C.) (LN/QL).

entre en relation contractuelle. Ces deux situations sont couvertes par les deux premières modalités de la fraude, soit la « supercherie » ou le « mensonge ». En revanche, un autre cas de figure est susceptible de provoquer l'erreur chez le cocontractant. Il s'agit du silence ou de l'inaction du cocontractant. En droit privé, pareille ruse est connue sous le vocable « dol par réticence ». En droit criminel économique, la question s'est posée à savoir si le silence à l'occasion de la création d'un acte juridique s'inscrit dans le cadre de la troisième modalité de la fraude, soit « tout autre moyen dolosif ». En droit pénal français, la question est résolue dans la mesure où le Code pénal sanctionne pour fraude (escroquerie) toute « manœuvre ». La jurisprudence a interprété ce terme comme nécessitant l'emploi d'un stratagème. Le mensonge et, *a fortiori*, le silence sont exclus. En droit criminel canadien, suite à quelques jugements opposés, la jurisprudence reconnaît désormais le caractère répréhensible de la fraude commise par silence ou omission dans le cadre de la création d'un acte juridique¹⁷.

Il importe aussi de souligner que le dol, quel qu'il soit, mensonge ou inaction, comporte *in se* le degré de gravité voulu pour emporter la répression criminelle. Le dol en droit privé constitue aussi un acte répréhensible emportant une sanction outre l'annulation de l'acte. Il permet l'octroi de dommages-intérêts, voire punitifs dans certains cas, et il peut être prouvé par tous les moyens dont la preuve testimoniale contrairement à l'acte juridique proprement dit.

Cela dit, les prochains sous-titres traiteront de la fraude commise à l'occasion de la création de l'acte juridique (2.1) et dans le cadre de l'exécution de l'obligation issue de l'acte juridique (2.2).

17. R. c. *Schmouh*, [2004] J.Q. No. 862 (C.Q.) (LN/QL); R. c. *Schneider*, 1999 CarswellBC 3204 (S.C.) (WC); R. v. *Seabrook*, 2003 BCCA 173; R. c. *Hunt*, [1992] M.J. No. 3 (Q.B.) (LN/QL), conf. par [1993] M.J. No. 405 (C.A.) (LN/QL); Mario NACCARATO, « L'inaction en tant que modalité de l'*actus reus* en droit criminel économique canadien », (2015) 56 C. de D. 545.

2.1 La fraude commise à l'occasion de la création de l'acte juridique.

L'une des modalités du dol en droit civil est la réticence qui consiste soit en le fait de laisser un cocontractant croire une chose par erreur sans le détromper (réticence au sens propre) ou le fait de taire un fait au cocontractant assez important qui changerait sa volonté de contracter¹⁸. Quel qu'il soit, ce comportement est sanctionné en droit privé. C'est ainsi qu'il est dit que la réticence en tant que terme englobant est un dol négatif.

En droit criminel canadien, la question de la réticence a été traitée par diverses cours d'appel. Dans un arrêt clé du nom de *Charters*, la Cour d'appel de l'Ontario refuse de sanctionner le silence de l'accusé qui aurait échangé un véhicule pour un autre sans déclarer à son cocontractant la nécessité d'obtenir une autorisation particulière pour l'émission d'une immatriculation, car l'automobile était importée. Bien que ce comportement soit moralement répréhensible, la Cour ne peut sanctionner pour fraude pareille réticence, car il s'agit d'une simple violation d'une obligation morale¹⁹.

Cependant, la Cour d'appel du Manitoba et la Cour supérieure de l'Alberta, dans deux décisions souvent commentées ont erronément interprété l'affaire *Charters* comme énonciatrice du principe « that non-disclosure cannot amount to fraud implicitly » alors que *Charters* énonçait la proposition que « non-disclosure and misrepresentation are not one and the same thing »²⁰.

Le sens véritable de l'arrêt *Charters* est que le dol par réticence n'est pas exclu de la répression criminelle. La jurisprudence a maintes et maintes fois confirmé ce principe²¹. Il

18. J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, préc., note 3, n° 224, p. 338-339.

19. R. c. *Charters*, (1958) 119 C.C.C. 223 (Ont. C.A.).

20. David H. DOHERTY, « What Constitutes "Other Fraudulent Means" », (1977) 39 C.R.n.s. 27, p. 39; R. c. *Brasso Datsun (Calgary) Ltd.*, [1977] A.J. No. 230 (S.C.) (LN/QL); R. c. *Thornson*, (1977) 36 C.C.C. (2nd) 171 (Man. C.A.).

21. Voir note 15.

importe de préciser que le principe est admis bien que les balises soient constamment revues. Il ne s'agit pas de confirmer si le dol par réticence est sanctionné par le droit criminel, mais de déterminer plutôt quelles en sont les limites²². L'obligation de bonne foi en common law, désormais consacrée par l'arrêt *Bhasin c. Hyrnew*, 2014 CSC 71, ne rencontre pas à elle seule le critère de répression pénale. Il s'agit d'une obligation implicite au même titre que l'obligation de bonne foi du droit civil québécois qui ne rencontre pas l'intensité que revêt l'obligation de loyauté que nous étudions dans la section 2.2.3.

En revanche, la common law canadienne refuse généralement de sanctionner le dol contractuel faisant ainsi primer la maxime *caveat emptor*. Il n'en demeure pas moins que certains cas de réticence sont cependant sanctionnés²³. Il est donc intéressant de constater qu'en vertu de cette conception différente du dol, la sanction criminelle de ce type d'acte sera différente selon que l'on se trouve dans une province de common law ou dans une province de droit civil. Cette différence dans le traitement des citoyens devant la loi n'est pas sans soulever certains questionnements²⁴.

Il est l'un des préceptes de la répression criminelle de la réticence que le « comportement » reproché (le dol) soit contraire et en violation d'une obligation d'agir au terme du droit privé²⁵. Par exemple, l'article 228 de la *Loi sur la protection du consommateur*²⁶

22. Jacques GAGNÉ et Pierre RAINVILLE, *Les infractions contre la propriété: le vol, la fraude et certains crimes connexes*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 164; Voir aussi, de façon plus particulière, les pp. 142 et 167-168.

23. *Id.*, p. 165; Louise BÉLANGER-HARDY, « Les délits » dans Louise BÉLANGER-HARDY et Aline GRENON (dir.), *Elements of Quebec Civil Law: A Comparison with the Common Law of Canada*, Toronto, Carswell, 2008, p. 347, à la page 379.

24. Voir : G. CÔTÉ-HARPER, P. RAINVILLE et J. TURGEON, préc., note 5, p. 289-290, à la note 93.

25. M. NACCARATO, préc., note 9; R. c. *Bolstridge*, [1993] N.B.J. No. 579 (C.A.) (LN/QL); Voir aussi : J. GAGNÉ et P. RAINVILLE, préc., note 22, p. 170-173.

26. *Loi sur la protection du consommateur*, RLRQ, c. P-40.1.

oblige le commerçant à déclarer au consommateur tout fait important relatif à la vente d'un bien ou service visé par la loi. La violation d'une telle disposition, en plus de constituer un dol, aurait l'élément de gravité requis pour être sanctionnée par le droit criminel. Remarquons que l'obligation de déclarer des faits importants dans le cadre d'une transaction n'est pas seulement présente dans le contexte du droit de la consommation. Ainsi, dans les affaires *Schneider*²⁷ et *Hunt*²⁸ deux entrepreneurs en construction ont été reconnus coupables de fraude, car, il a été considéré que, dans les circonstances, ils auraient dû déclarer à leurs clients certaines informations relatives aux dépôts que ceux-ci s'apprêtaient à effectuer pour garantir la réalisation des travaux, dont la situation financière précaire de leurs compagnies. Mentionnons, finalement, que la réticence doit entraîner une privation pour pouvoir être sanctionnée aux termes de l'article 380 C.cr. Dans le cas contraire, le justiciable pourrait, néanmoins, être poursuivi en vertu des articles 366 et 367 C.cr. pour fabrication de faux.

Nous avons jusqu'à maintenant montré que le dol par réticence est sanctionné en tant que fraude criminelle (par tout autre moyen dolosif) dans la mesure où il l'est préalablement en droit privé. Aussi, nous avons énoncé le principe selon lequel l'accusé doit avoir enfreint une obligation positive d'agir ou de déclarer l'information objet du silence. Dans la même veine, ce n'est pas toute réticence qui sera sanctionnée. À titre d'exemple, en droit civil québécois, la vantardise du vendeur au sujet de la qualité d'un bien n'est pas sanctionnée par le droit privé. Autrement dit, l'exagération est une forme de boniment permise par le droit privé et *a fortiori* non sanctionnée en droit criminel²⁹. Par ailleurs, le comportement du vendeur ne pourra pas être sanctionné si, dans les circonstances, il revenait à l'acheteur de se renseigner au sujet

27. R. c. *Schneider*, préc., note 15.

28. R. c. *Hunt*, préc., note 15.

29. J. GAGNÉ et P. RAINVILLE, préc., note 22, p. 153-154; En droit civil, cette forme de dol est connue sous le nom de bon dol ou de *dolus bonus*. À ce sujet, voir : J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, préc., note 3, n° 228, p. 342-344.

du fait ayant entraîné le dommage pécuniaire³⁰. Finalement, si le préjudice est négligeable, il se pourrait qu'il n'entraîne pas la condamnation du prévenu en vertu du principe *de minimis non curat lex* à moins que les actes de l'accusé constituent un fléau social que l'on veuille enrayer³¹. Sur le plan épistémologique, la non-intervention du droit criminel dans ces circonstances se justifie par les postulats d'auxiliarité³² et d'unité³³.

Une autre forme de fraude commise à l'occasion de la création de l'acte juridique mérite d'être mentionnée. Il s'agit de la lésion entre cocontractants.

Le problème de la lésion est un cas de figure susceptible de nous intéresser en raison du vieillissement de la population. La lésion en droit criminel participe des mêmes postulats qu'en droit civil, ce qui implique que l'acte reproché doit être sanctionné par ce dernier et qu'il doit comporter le degré de gravité nécessaire pour justifier l'intervention du droit criminel.

Reconnue comme un rejeton légitime du libéralisme économique régnant à l'époque de la codification du *Code civil du Bas-Canada*, la lésion entre majeurs n'y était pas reconnue. L'article 1012 du *Code civil du Bas-Canada* disposait : « les majeurs ne peuvent être restitués contre leurs contrats pour cause de lésion seulement ».

Bien que le libéralisme économique ait cédé le pas à des mesures sociales variables depuis la codification de 1870, le problème de la lésion a toujours suscité des débats dans la doctrine juridique. Bien qu'il paraisse que l'adoption du code de 1994 ait maintenu le régime antérieur à l'article 1405, il serait faux de prétendre que la lésion n'existe pas en droit civil québécois. L'article 1405 C.c.Q. dispose :

30. J. GAGNÉ et P. RAINVILLE, préc., note 22, p. 168-173.

31. *Id.*, p. 204.

32. *Partie I*, section 2.1.

33. *Partie I*, section 2.3.

Outre les cas expressément prévus par la loi, la lésion ne vise ici le consentement qu'à l'égard des mineurs et des majeurs protégés.

Nous retrouvons ces exceptions dans le Code aux articles 424 (renonciation de l'un des époux au partage du patrimoine familial), 472 (acceptation ou renonciation d'un époux au partage des acquêts de son conjoint) et 2332 (prêt d'une somme d'argent). De plus, le *Code civil du Québec* contient de nombreuses autres règles ponctuelles ayant comme but d'établir un équilibre entre cocontractants. Il suffit de citer les cas des clauses abusives dans les contrats d'adhésion ou de consommation (article 1437 C.c.Q.), les clauses abusives en matière de louage d'habitation (article 1901 C.c.Q.) et les clauses pénales abusives (1623 C.c.Q.) pour ne mentionner que celles-là.

Un cas particulier mérite d'être signalé. Il s'agit de l'adoption de l'article 48 de la Charte québécoise³⁴ qui reconnaît une protection contre l'exploitation en faveur des personnes âgées, ce qui comprendrait les cas de lésion. La Cour d'appel a reconnu l'autonomie de cette forme de protection par rapport aux dispositions du Code civil dans l'affaire *Vallée*³⁵. Toutefois, certains auteurs remettent en question cette décision judiciaire en insistant sur l'harmonisation devant exister entre la Charte et le droit commun. À leur avis, la protection offerte par l'article 48 de la Charte n'est pas autonome et devrait s'interpréter en tenant compte des régimes déjà prévus à cet effet par le Code civil³⁶.

Ainsi, l'acte lésionnaire en droit civil n'est pas en principe assujetti aux châtiments du droit criminel sauf dans les cas visés par l'article 1405 C.c.Q. En ce sens, l'arrêt *McBain* rendu par la Cour du Banc du Roi du Québec constitue une décision

34. *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12.

35. *Vallée c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2005 QCCA 316.

36. Daniel GARDNER et Dominique GOUBAU, « L'affaire *Vallée* et l'exploitation des personnes âgées selon la Charte québécoise : quand l'harmonie fait défaut », (2005) 46 *C. de D.* 961.

intéressante en la matière. Dans son jugement, le tribunal s'efforce d'appliquer une internormativité civile et pénale afin de déclarer l'accusé McBain coupable de fraude envers des aînés. Maintenant la déclaration de culpabilité, la Cour dispose dans l'un de ses considérants :

Comme troisième grief, l'accusé prétend que le premier juge a confondu la fraude avec la pure lésion civile. La Cour d'appel déclare qu'il y a eu lésion, que cette lésion est le résultat des moyens dolosifs employés et qu'il y a délit au sens de l'article 323 C.cr. [actuel article 380 C.cr.]³⁷

Avec égard pour la Cour, la prétention de l'accusé était à l'époque bien fondée dans la mesure où son acte envers les victimes constituait de la simple lésion non sanctionnée en droit civil. Il en serait autrement aujourd'hui avec l'application de l'article 48 de la Charte.

Ainsi, là où il n'y a que simple lésion en droit civil, le droit criminel ne saurait sévir³⁸. En revanche, la common law sanctionne la lésion dans certains cas. Les mêmes règles internormatives s'appliqueraient de sorte que seuls les cas lésionnaires sanctionnés en droit privé de la common law pourraient faire l'objet d'une sanction en droit criminel³⁹. La common law permet la révision du contrat pour motif de « duress » et d'« undue influence »⁴⁰.

Voilà qui complète notre étude de la fraude par autre moyen dolosif commise à l'occasion de la création de l'acte juridique et qui

37. *R. c. McBain*, [1964] B.R. 429, p. 430.

38. *Partie I*, section 4.2.

39. Pour des illustrations, voir : *R. c. Wendel*, [1992] M.J. No. 557 (C.A.) (LN/QL); *R. c. Gersh bain*, [1989] M.J. No. 626 (Q.B.) (LN/QL); Dans cette dernière affaire, les co-accusés ont été acquittés en raison d'importantes défaillances dans la preuve présentée par la Couronne. Par ailleurs, le juge du procès n'a pas conclu à la vulnérabilité des victimes. Selon lui, celle-ci ne devait pas être déduite du seul âge de la personne, mais devait plutôt s'apprécier au cas par cas.

40. Yvon MARCOUX, « Contre rendu: Lésion et contrat, par Gérard Trudel, docteur en droit, juge de district à Montréal, (Les Presses de l'Université de Montréal, 1965) 183 pages », (1965) 7 *C. de D.* 100, p. 101.

nous amène à aborder le cas de la fraude commise à l'occasion de l'exécution de l'acte juridique.

2.2 La fraude commise à l'occasion de l'exécution de l'acte juridique.

Dans cette sous-section, nous ferons la revue d'un éventail de situations d'inexécutions d'obligations civiles susceptibles de répression criminelle pour fraude par autre moyen dolosif. Il importe cependant de revoir d'abord le principe en matière de répression pour fraude selon lequel la simple inexécution n'est pas sanctionnée criminellement.

2.2.1 La simple inexécution

La simple inexécution d'une obligation civile n'est pas sanctionnée en droit criminel économique. Au plan procédural, pareille non-intervention se justifie du fait que le droit criminel n'a pas pour fonction de forcer l'exécution d'une prestation d'ordre civil.

Au plan fondamental, le postulat de gravité suppose que seuls les crimes les plus graves doivent être sanctionnés⁴¹. Aussi la non-répression peut se justifier non seulement sur le plan de l'absence de gravité formelle, mais aussi en raison du défaut d'intention coupable. L'inexécution d'une prestation peut résulter de circonstances imprévues ou en dehors du contrôle de la partie en défaut⁴². Ainsi, l'inexécution pourrait résulter de la simple négligence qui, nous le savons, n'est pas sanctionnée criminellement. Ainsi, pareille non-répression peut se manifester lorsqu'un cocontractant fait défaut d'exécuter sa prestation et de surplus omet de restituer un acompte perçu à la signature du contrat⁴³. Aussi, la simple inexécution résultant de la non-restitution d'un acompte reçu ne suffit pas pour justifier une condamnation pour fraude⁴⁴.

41. *Partie I*, sections 2.2 et 4.4.

42. *R. c. N'diaye*, [2004] J.Q. No. 2325 (C.A.) (LN/QL).

43. *R. c. Adams*, [1994] J.Q. No. 1051 (C.A.) (LN/QL).

44. *R. c. Gourdeau*, [1993] J.Q. No. 2239 (C.A.) (LN/QL).

Dans les derniers cas que nous venons de mentionner, il importe de préciser que la non-restitution accompagnée de l'inexécution ne constitue pas, en principe, une fraude au plan criminel, car elle est, tout au plus, une simple inexécution en droit civil. Encore faut-il, pour constituer une fraude par autre moyen dolosif, que l'inexécution soit accompagnée d'une intention préalable à l'intervention du contrat. Autrement dit, l'intervention d'un contrat où l'une des parties a l'intention de ne pas exécuter sa prestation constitue un dol en droit civil, car il existe une situation de fait qui, si elle avait été connue de la victime, aurait fait que cette dernière n'aurait jamais signé la convention. En d'autres mots, son consentement a été vicié par la réticence du cocontractant. Or, l'intention de ne point exécuter sa prestation, existant avant l'intervention du contrat constitue un dol, tandis que si l'intention de ne point exécuter naît après la conclusion du contrat, il s'agira d'une simple inexécution civile non sanctionnée par le droit criminel. Toutefois, cette dernière hypothèse peut comporter des exceptions. Ainsi, l'inexécution d'une prestation dont l'intention naît *après* la formation du contrat peut constituer une fraude en droit criminel canadien si l'accusé, en dépit de son intention de ne pas exécuter son obligation, demeure silencieux et laisse son cocontractant *exécuter sa prestation à son propre détriment*⁴⁵.

Donc, le principe est que *la simple inexécution contractuelle ne peut faire l'objet d'une sanction au plan criminel sauf si elle est accompagnée de circonstances aggravantes commises par l'accusé*. Les exemples peuvent être aussi nombreux que variés, mais il faut se garder d'affirmer avec trop de certitude que la simple inaction au plan civil n'est pas sanctionnée en droit criminel. Ainsi, un débiteur en affaires qui au lieu de rembourser périodiquement son banquier reporte à plus tard ses paiements et utilise les sommes d'argent perçues dans le cadre de ses ventes à d'autres fins que celles prévues au contrat de financement peut se voir condamner pour

45. R. c. Brunner, [1992] A.J. No. 721 (P.C.) (LN/QL). Remarquons que, dans cette affaire, l'accusé a été poursuivi en vertu de l'article 393(3) C.cr., mais les mêmes principes s'appliquent à l'article 380 C.cr. Voir aussi : M. NACCARATO, préc., note 9, p. 466-467; J. GAGNÉ et P. RAINVILLE, préc., note 22, p. 178-180. Comparer avec R. c. Gooderham, 2004 BCCA 248.

fraude par autre moyen dolosif⁴⁶. Une situation similaire se produira si l'acheteur d'une entreprise s'étant engagé auprès du vendeur à le payer à partir des profits réalisés par la société acquise omet de facturer certaines ventes afin de diminuer le montant de ses versements⁴⁷. Bien que pareils cas soient à la limite de l'intervention du droit criminel, il suffit de citer l'affaire *Zlatic* pour s'en convaincre.⁴⁸

Si la simple inexécution résultant de la simple négligence ne peut suffire pour justifier une condamnation faute d'éléments de gravité, seule l'insouciance (*recklessness*) peut justifier une déclaration de culpabilité pour fraude par autre moyen dolosif à l'occasion de déclarations vagues faites à son assureur dans le cadre de l'exécution d'un contrat d'assurance :

This is a case where Mark Staples was manifestly careless in the approach he took towards his crop insurance claims. Nevertheless, I am not persuaded that his conduct as objectionable as it may be to the chartered accountant or banker warrants the stigma of being branded as "criminal". The circumstances of this case then are more appropriately left to the sanctions available to address such conduct in the civil law. It will also be apparent, from these reasons, that as reprehensible as I regard the conduct of Mark Staples to have been, I do not regard it as coming within the stigma of recklessness, as defined in the criminal law.⁴⁹

Dans une affaire impliquant un accusé ayant contracté une assurance contre les pertes agricoles, le prévenu avait omis de déclarer à l'assureur la vente de produits comme le stipulaient les

46. R. c. *Gaetz*, [1992] N.S.J. No. 444 (C.A.) (LN/QL), conf. par [1993] 3 R.C.S. 645. Remarquons que la condamnation dépendra de ce qui est prévu au contrat de financement. Ainsi, si un débiteur s'était obligé à rembourser son créancier à partir des revenus tirés de son entreprise et qu'il détournait ces sommes à d'autres buts, il pourra être reconnu coupable de fraude par autre moyen dolosif en vertu de l'article 380 C.cr.

47. R. c. *Corkery*, [1992] N.S.J. No. 598 (P.C.) (LN/QL).

48. R. c. *Zlatic*, [1993] 2 R.C.S. 29, voir infra sections 2.2.2 et 2.2.3.3.

49. R. c. *Staples*, préc., note 7 (j. Stach).

termes de leur entente⁵⁰. Ceci faisait en sorte qu'il recevait des indemnités plus élevées que celles auxquelles il avait le droit en vertu de sa couverture d'assurance. L'omission de l'accusé en l'espèce dépassait la simple négligence ayant pu être considérée comme une simple inexécution. Elle contenait l'élément de gravité requis pour entraîner la condamnation du prévenu pour fraude par autre moyen dolosif.

Nous avons affirmé plus haut que la simple inexécution et la non-restitution d'un acompte ne peuvent, en l'absence de circonstances aggravantes, constituer une fraude par autre moyen dolosif. Cet énoncé de principe comporte cependant de nombreuses exceptions que nous verrons dans la sous-section qui suit.

2.2.2 La non-restitution d'acomptes.

La non-répression criminelle de la simple inexécution et non-restitution d'acomptes peut parfois se manifester de manière claire et limpide. Dans un arrêt cassant une déclaration de culpabilité et substituant celle-ci par un acquittement, la Cour d'appel du Québec se prononce ainsi :

Le juge s'est mal dirigé en droit; il ne s'agit pas ici d'un cas où, par une déclaration mensongère ou une autre manœuvre dolosive, une personne convainc une autre de lui remettre une certaine somme d'argent; il ne s'agit pas non plus d'un cas où une personne utilise à des fins personnelles une somme qu'elle avait promis de conserver en fidéicommiss; il s'agit simplement d'un cas où un débiteur qui avait reçu un acompte sur le prix de matériaux à être livrés et de services à être rendus a fait défaut de remplir son obligation sans remettre l'acompte à son créancier; si illégitime et illégale que soit l'omission de remplir l'obligation ou de rembourser l'acompte, ces omissions ne constituent pas le crime prévu à l'art. 380(1)a).⁵¹

50. R. c. *Deck*, 2000 SKQB 26, conf. par 2000 SKCA 110.

51. R. c. *Adams*, préc., note 43 (la Cour).

En revanche, certains cas sont un peu plus nuancés tel celui de l'arrêt *Lazeo*. Dans cette affaire, la victime a vendu à l'accusé un nombre de lingots de platine sur la base d'un consentement obligeant le prévenu, après avoir revendu les lingots sur le marché, d'en payer le prix à son créancier dans un délai donné. L'accusé revend les lingots, réinvestit le produit de la vente et subit d'importantes pertes. Devenu insolvable, il fait défaut de payer la victime et il est accusé de vol et fraude. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique l'acquitte, estimant que le créancier n'avait pas d'intérêt ou de propriété spéciale dans les sommes obtenues par la revente de lingots, mais aussi du fait qu'il s'agirait d'une simple inexécution contractuelle. Aussi, la majorité du banc insiste sur le fait qu'à l'instar de l'affaire *Adams* citée plus haut, l'accusé *Lazeo* n'avait pas une obligation de fiduciaire en vertu de laquelle des obligations particulières lui incombaient sur la gestion des produits de la vente. Autrement dit, suite à la vente des lingots de platine, les sommes d'argent lui appartenaient quitte à en restituer l'équivalent à la victime⁵². En revanche, la juge Newbury est d'avis contraire et applique aux faits de cette affaire les enseignements tirés de l'arrêt *Zlatic* selon lesquels l'usage des biens d'une entreprise à des fins personnelles est constitutif de fraude par autre moyen dolosif. Les faits ne nous permettent pas de comparer adéquatement l'affaire *Lazeo* avec l'affaire *Zlatic*. Dans *Zlatic*⁵³, l'accusé a retiré tous les fonds de l'entreprise avec lesquels il s'est adonné au jeu dans un casino. Perdant l'ensemble des sommes retirées, une condamnation pour fraude s'ensuivit et la Cour suprême du Canada la confirma. Beaucoup d'encre a coulé depuis l'affaire *Zlatic* au motif qu'il s'agirait d'une simple inexécution contractuelle⁵⁴. Nous croyons que si la preuve avait révélé que l'accusé *Lazeo* avait détourné de la société une somme d'argent suffisante pour rendre celle-ci insolvable vis-à-vis de ses créanciers, il aurait alors commis l'équivalent d'une fraude paulienne (art. 1631 C.c.Q.) comme ce fut le cas dans l'affaire *Zlatic*. À notre avis, la fraude paulienne de droit privé comporte en soi le

52. R. c. *Lazeo*, 2000 BCCA 483.

53. R. c. *Zlatic*, préc., note 48.

54. Voir en particulier : Anne-Marie BOISVERT, « La fraude criminelle: Sommes-nous allés trop loin? », (1995) 40 R.D. McGill 415.

degré de gravité nécessaire pour justifier une condamnation pour fraude par autre moyen dolosif en droit criminel.

Par ailleurs, un autre élément ressort des affaires *Adams* et *Lazeo* ci-haut. La non-restitution d'un acompte versé dans le cadre d'une fiducie comporte le degré de gravité nécessaire à une condamnation pour fraude. Ce type de contrat s'inscrit dans ce que nous qualifions de « contrat relationnel » où, les obligations des parties se caractérisent par un lien de confiance accrue. Le bris de cette confiance accrue par la débitrice de l'obligation expose celle-ci à une condamnation criminelle. C'est ce que nous verrons dans les prochains sous-titres.

2.2.3 Le cas des contrats relationnels

Le contrat, dans sa forme la plus simple et dans sa perspective traditionnelle, s'exécute instantanément. La confiance y joue un rôle marginal et l'opération juridique s'exécute « donnant-donnant »⁵⁵.

En revanche, d'autres types de contrats, dont le contrat à exécution successive, comportent un degré de confiance accrue. Dans le cas des contrats à exécution successive, la longévité de l'entente empêche les parties d'anticiper les éventualités de sorte qu'elles devront se fier à la bonne foi de l'une et de l'autre afin de résoudre ces aléas contractuels (article 1375 C.c.Q.). C'est ainsi que la confiance faite par l'une et l'autre des parties se distingue du contrat à exécution instantanée. Il y a aussi d'autres types de conventions qui comportent un degré de confiance accrue. On peut penser aux contrats en vertu desquels une partie confie (dérivé de confiance) un bien ou une somme d'argent à quelqu'un en vue de le conserver ou de l'administrer. On peut penser aussi aux contrats en vertu desquels une partie (le mandant) confie à une autre (le mandataire) la tâche de décider pour et à son acquis et de l'engager juridiquement (article 2130 C.c.Q.). Il en est de même du contrat de travail dans le cadre duquel l'employé représente son employeur

55. Mario NACCARATO, « Partie I: La juridicité de la confiance dans le contexte des contrats de services, de conseils financiers et de gestion de portefeuille », (2009) 39 R.G.D. 457, p. 465-466 (n° 18).

(article 2085 et ss. C.c.Q.). Ce dernier lui confie des tâches et des informations confidentielles afin qu'il puisse exécuter les fonctions découlant de son contrat d'emploi⁵⁶. Mentionnons, enfin, l'hypothèse des contrats de partenariat où des confidences doivent nécessairement être faites entre partenaires afin de mener à terme un projet conjoint⁵⁷.

La violation d'une obligation comportant un degré accru de confiance est sanctionnée plus sévèrement par le droit privé et, comporte le degré de gravité justifiant une sanction criminelle à cette inexécution⁵⁸.

Sur le plan du droit criminel, le cas de figure le plus marquant est celui du détournement (une modalité du vol) d'un bien confié par une personne à une autre. Cette infraction reçoit l'appellation d'abus de confiance dans les droits pénaux français et suisse⁵⁹. En droit criminel canadien, on parle plutôt de vol par détournement (article 322 C.cr.). Les autres cas de figure sanctionnés par le droit criminel sont relatifs au manquement à une obligation de loyauté. Ces cas se révèlent plus difficiles à sanctionner, car ils comportent diverses

56. Voir à titre d'exemple : *Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng*, [1989] 2 R.C.S. 429, où l'employé abuse de la confiance faite à lui par son employeur en empochant des commissions secrètes.

57. Voir *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574, où l'un des partenaires abuse de la confiance faite à lui par son partenaire qui lui a confié des renseignements confidentiels.

58. Pour les sanctions civiles accrues, voir : M. NACCARATO, préc., note 55, p. 512-514 (n° 106-108); Raymonde CRÊTE, « Partie III: Les manifestations du particularisme juridique des rapports de confiance dans les services de conseils financiers et de gestion de portefeuille », (2009) 39 *R.G.D.* 581, p. 633-645 (n° 92-117). Pour la répression criminelle du manquement à une obligation de confiance accrue, voir : Mario NACCARATO et Audrey LÉTOURNEAU, « La confiance trahie: la répression pénale et criminelle du manquement contractuel de l'intermédiaire de marché en valeurs mobilières et la détermination des peines applicables », (2010) 44-3 *R.J.T.* 145. Sur la consécration jurisprudentielle par la Cour d'appel du Québec de la notion de « confiance accrue », voir : *Souscripteurs du Lloyd's c. Alimentation Denis et Mario Guillemette Inc.*, 2012 QCCA 1376 (demande d'autorisation d'appel rejetée, C.S.C., 04-04-2013, 35011). Voir, de façon plus particulière, la note 13 du jugement.

59. Nouveau Code pénal, art. L. 314-1; Code pénal Suisse, art. 138.

normes transversales applicables. Ainsi, le manquement à une obligation de loyauté peut se manifester par le silence gardé par un fiduciaire ou un mandataire alors qu'il avait l'obligation d'en informer son bénéficiaire ou son mandant⁶⁰. Un autre exemple est celui du salarié ou du fiduciaire qui utilise les ressources ou connaissances de son bénéficiaire ou de son employeur pour empocher des profits secrets⁶¹. On peut aussi penser au mandataire qui profite d'une occasion d'affaires alors qu'il se trouve en conflit d'intérêts avec son mandant et se garde de l'en informer⁶².

Les sanctions civile et criminelle du manquement à une obligation de loyauté ne sont pas limitées aux cas spécifiquement prévus par la loi comme ce fut jadis la croyance. Deux célèbres arrêts de la Cour suprême du Canada viennent appuyer cette prétention. Ainsi, dans l'affaire *Lac Minerals*, le plus haut tribunal du pays a confirmé que le *fiduciary duty* de la common law peut être applicable dans certaines situations où l'une des parties se trouve dans une situation de vulnérabilité en confiant à une autre (généralement un partenaire d'affaires) de l'information confidentielle⁶³. Cet arrêt a la particularité d'étendre l'obligation fiduciaire entre parties à un contrat commercial alors que traditionnellement les règles applicables à ce type d'entente faisaient appel à la maxime *caveat emptor*. D'autre part, dans l'affaire *Ng*, la Cour suprême du Canada reconnaît l'existence de certains contrats devant faire l'objet d'une protection juridique particulière en raison de la confiance accrue à laquelle ils font appel. C'est ainsi que l'employé qui viole la confiance

60. À titre d'exemples, voir : *R. c. Schmouth*, préc., note 17; *R. c. Ouellette*, [1990] J.Q. No. 1661 (C.A.) (LN/QL).

61. À titre d'exemples, voir : *R. c. Roach*, 2003 NSPC 57; *R. c. Krawec*, [1993] O.J. No. 232 (Ct. of J.) (LN/QL); *R. c. Harris*, [1989] O.J. No. 2635 (Dist. Ct.) (LN/QL). En matière civile, voir : *Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng*, préc., note 56.

62. À titre d'exemples, voir : *R. c. McCullough*, 2002 SKQB 70; *R. c. Schafer*, préc., note 15; *R. c. Krawec*, préc., note 61; *R. c. Harris*, préc., note 61; *R. c. Ouellette*, préc., note 60. En matière civile, voir : *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, préc., note 57.

63. Voir : *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, préc., note 57. Voir aussi les articles 321 et 322 C.c.Q.

de son employeur se verra sanctionner de manière accrue⁶⁴. Cet arrêt a été rendu sous le *Code civil du Bas-Canada* et ses motifs se basaient sur l'obligation de bonne foi prévue par le droit commun qui recevait, toutefois, une application particulière en l'espèce en raison de la relation de confiance existante entre les parties. Remarquons que, cette obligation particulière de l'employé envers son employeur est désormais codifiée (article 2088 C.c.Q.). Il demeure possible, cependant, que d'autres types de situations similaires fassent l'objet du même type de traitement par les tribunaux. Ces derniers pourraient s'appuyer sur l'article 6 C.c.Q. pour reconnaître l'existence d'une obligation de loyauté dans d'autres contextes faisant appel à une relation de confiance accrue.

Ainsi, la sanction pour fraude par autre moyen dolosif ne se justifierait que par la violation d'une obligation de loyauté, emportant une privation à caractère pécuniaire pour la victime. Dans le cas du manquement à une obligation de loyauté par défaut d'informer son mandant ou son bénéficiaire, la privation de l'information à laquelle aurait eu droit le mandant ou le bénéficiaire justifie l'application de l'article 380 C.cr. Nous verrons cette question dans les sous-sections qui suivent. Les hypothèses que nous étudierons seront celles des contrats de regroupement (« syndicates ») (2.2.3.1), les contrats comportant une obligation de loyauté tels le contrat de travail (2.2.3.2), le contrat de direction (2.2.3.3), les fonctions de fiduciaire et de mandataire (2.2.3.4) et enfin le contrat de confiance accrue (2.2.3.5).

2.2.3.1 Le contrat de regroupement (Syndicate)

L'investissement en groupe peut prendre diverses formes. On peut penser à la société en nom collectif ou encore à la société par actions. Dans la première hypothèse, les sociétaires, qu'ils soient les initiateurs ou de simples investisseurs, se doivent entre eux une obligation de bonne foi de sorte qu'ils ne peuvent agir contrairement aux intérêts de la société et doivent agir en toute transparence (article 2204 C.c.Q.). Une autre forme que peut prendre l'investissement en

64. *Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng*, préc., note 56.

groupe est celle de la société par actions où divers investisseurs souscrivent des actions d'une société formée à cet effet. Dans ce cas, les administrateurs, qui sont généralement les initiateurs de ce genre de projet, doivent aussi une loyauté à la compagnie et à ses actionnaires. Pareille obligation découle généralement des lois particulières de même que des documents constitutifs de la société⁶⁵.

Dans un cas issu de la jurisprudence québécoise, un nommé Émond agit à titre d'initiateur d'un projet d'investissement commun⁶⁶. Il agit au nom d'un groupe pour faire l'achat d'un immeuble sans lui déclarer qu'il empochera du vendeur, à la suite de cette acquisition, une commission. La Cour d'appel du Québec confirme une déclaration de culpabilité pour fraude par autre moyen dolosif où, il est reproché à l'accusé d'avoir encaissé des profits secrets alors qu'il agissait à titre de mandataire ou d'« agent » (lire en anglais)⁶⁷. Le plus haut tribunal de la province conclut à l'emploi de manœuvres dolosives pour ne pas avoir divulgué l'existence des gains pécuniaires. Bien qu'aucune référence ne soit faite à la violation d'une obligation découlant du droit privé, la *ratio decidendi* de la Cour s'accorde parfaitement avec celle de la théorie du mandat où le mandataire ne doit pas se placer en conflit d'intérêts sans le déclarer à son mandant⁶⁸.

65. *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, c. C-44, art. 122 (ci-après LCSA); *Loi sur les sociétés par actions*, RLRQ, c. S-31.1, art. 119 (ci-après LSAQ).

66. *R. c. Émond*, (1997) 117 C.C.C. (3rd) 275 (C.A.Q.) (demande d'autorisation d'appel rejetée, C.S.C., 25-09-1997, 26067).

67. *Id.*

68. Comparer avec *R. c. D'Andrea*, [2004] O.J. No. 2330 (C.A.) (LN/QL). Cet arrêt va dans le même sens mais est issu de la common law. La ratio découle de l'obligation de loyauté connue comme *fiduciary duty*. Comparer aussi avec *R. c. Foisy*, [1997] J.Q. No. 5135 (C.Q.) (LN/QL), conf. par [1999] J.Q. No. 6060 (C.A.) (LN/QL). Dans cette affaire, c'est un commandité qui, pratiquant des prêts entre sociétés, se met en conflit d'intérêts et profite secrètement de la situation aux dépens des autres associés. Bien que le jugement n'en fasse pas mention, l'obligation de loyauté est prévue en pareil cas aux articles 2249 et 2204 C.c.Q. Voir aussi : *R. c. Prkacin*, [1998] O.J. No. 434 (Ct. of J.) (LN/QL). Cette décision concerne une déclaration de culpabilité pour fraude des deux promoteurs qui ont mis en place un stratagème afin d'augmenter leur profit sur les investissements d'épargnants dans le cadre

2.2.3.2 Le contrat de travail

Le contrat de travail figure parmi les contrats relationnels comportant une confiance accrue⁶⁹. Cette dernière peut être violée de diverses façons. Aussi, les obligations qui en découlent se retrouvent soit dans la nature même de la relation contractuelle, soit dans des dispositions législatives (tel l'article 2088 C.c.Q.) ou conventionnelles⁷⁰ ou encore dans les directives, usages et coutumes de l'entreprise⁷¹.

Sous le *Code civil du Bas-Canada*, la Cour suprême du Canada a reconnu la notion de confiance accrue dans les contrats de travail et s'est prononcée sur un recours intenté par l'employeur contre l'employé ayant gagné des profits secrets à l'occasion de son travail⁷². Dans cette affaire, l'intimé Ng travaille au service de la Banque de Montréal en qualité de cambiste en chef pour le Québec. Dans le cadre de ses fonctions, il achète et revend des devises étrangères pour le compte de son employeur. Il donne aussi des avis sur des opérations de change effectuées pour le compte de clients importants de la banque. Il est autorisé à effectuer des transactions jusqu'à concurrence de 40 000 000 \$ par jour. Un document intitulé « Relations de travail » régit et énumère les activités pouvant entrer en conflit d'intérêts avec l'employeur. Ng fait fi de ces directives et effectue, à l'insu de son employeur, une série de transactions pour son propre compte et pour celui de clients de la banque lesquelles opérations lui rapportent un profit de 660 135 \$⁷³.

d'un *joint-venture* immobilier. Les prévenus s'étaient placés en conflit d'intérêts vis-à-vis les investisseurs et ne leur avaient pas dévoilé la situation afin de pouvoir s'enrichir indûment.

69. Mario NACCARATO et Raymonde CRÊTE, « La confiance: de la réalité à la juridicité » dans Michel MORIN, Marie-Claire CORDONNIER SEGGER, Fabien GÉLINAS et Markus GEHRING (dir.), *Responsabilité, fraternité et développement durable en droit, en mémoire de l'honorable Charles Doherty Gonthier*, Toronto, LexisNexis, 2012, p. 647, aux pages 652-654.

70. *R. c. Lafrance*, REJB 1999-13697 (C.Q.), inf. quant à la peine seulement par REJB 2002-29812 (C.A.).

71. *R. c. Roy*, [1997] n° AZ-97031315 (C.M.), inf. pour d'autres motifs par [1998] n° AZ-98021460 (C.S.).

72. *Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng*, préc., note 56.

73. *Id.*, pp. 433-34.

C'est ainsi que l'employeur le poursuit en restitution pour profits faits dans le cadre de ses fonctions. En dépit de la malhonnêteté avérée de l'employé, l'employeur n'a pas subi de pertes directes, si ce n'est que l'utilisation de ses infrastructures. La perte serait alors négligeable et non susceptible de poursuite au criminel (*De minimis non curat lex*). Le *Code civil du Bas-Canada* est alors silencieux en pareilles circonstances. Le juge Charles Gonthier de la Cour suprême du Canada en vient à la conclusion que l'employé qui effectue des transactions avec les données de son employeur se trouve dans une situation de possesseur de mauvaise foi et doit, au terme de l'article 411 C.c.B.C., lui remettre non seulement le capital utilisé, mais également sa plus-value et les fruits⁷⁴. Aussi, il convient d'appliquer l'article 1713 C.c.B.C. en vertu duquel le mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion et remettre au mandant tout ce qu'il a perçu sous l'autorité de son mandat. C'est ainsi qu'il a été dit que « ce contrat de confiance accrue emporte une sanction exorbitante du droit commun soit celle de la restitution d'une somme d'argent même en l'absence de préjudices subis par l'employeur »⁷⁵. Voilà qui comporte le degré de gravité nécessaire afin que le droit criminel sévise. C'est ainsi que la jurisprudence rendue en matière criminelle sanctionne systématiquement pareils types de comportements⁷⁶. Il en est de même pour les actes commis dans les provinces de common law, car, en vertu de l'*equity*, l'employé, agissant dans le cadre d'un *fiduciary duty*, est présumé détenir les profits faits dans le cadre de ses fonctions à titre de *constructive trustee* qu'il doit restituer à l'employeur⁷⁷. Encore, il a été dit que l'obligation de restituer peut aussi découler d'une obligation de rendre compte issue de l'obligation de loyauté. Ainsi, l'infraction est

74. *Id.*, pp. 435-36.

75. M. NACCARATO et R. CRÊTE, préc., note 69, à la p. 654.

76. Pour des cas de sanction criminelle dans le contexte d'une obligation de loyauté d'un employé envers son employeur, voir à titre d'exemple : *R. c. Schmouth*, préc., note 17; *R. c. Roach*, préc., note 61; *R. c. Kereliuk*, 2005 ONCJ 314; *R. c. Padmore*, 2004 BCPC 394; *R. c. Peters*, 2002 BCPC 294; *R. c. Molloy*, [1997] N.J. No. 139 (S.C.) (LN/QL).

77. Voir : *A-G's ref. « 1 of 1985 »*, [1986] 2 All ER 219 (C.A.); *R. v. Cooke*, [1986] 2 All ER 985 (H.L.); *Wheatley and another v. The Commissioner of Police of the British Virgin Islands*, [2006] UKPC 24.

sanctionnée à la fois dans les juridictions de droit civil et de common law.

Or, la privation ne comporte pas nécessairement une perte immédiate pour l'employeur. La perte résulte de la privation du choix qu'aurait eu l'employeur d'accepter ou non les circonstances entourant les agissements de l'employé⁷⁸.

Les hypothèses de violation d'une obligation de loyauté par l'employé sont nombreuses. Elles ne se limitent pas à la simple question de gagner des profits secrets. Par exemple, un employé peut choisir de favoriser un tiers au détriment de son employeur⁷⁹ ou encore permettre à un tiers de prendre la marchandise sans l'obliger à en payer le prix⁸⁰. Il en est de même lorsqu'une directrice bancaire autorise des prêts pour elle-même et pour son mari sans suivre les directives internes de l'institution financière et sans s'assurer de la capacité de payer du couple⁸¹.

Parfois les situations sont plus complexes. Il en est ainsi du financement du célèbre marché public l'Acadie à Montréal où les Sœurs du Bon-Pasteur furent l'objet d'une arnaque par trois individus. Leur employé et comptable agréé a vu tout le stratagème se déployer par deux tiers en vue de soutirer d'importantes sommes aux sœurs. Ce dernier a permis à ces escrocs, par son silence, de priver les sœurs de centaines de millions de dollars. Son inaction a été sanctionnée et il a été déclaré coupable de fraude par réticence en aidant quelqu'un à commettre celle-ci par son silence tel que prévu à l'article 21(1)(b) C.cr. Le tribunal reconnaît qu'en vertu de l'obligation de loyauté de l'accusé, il était de son devoir d'aviser les sœurs de toutes les manœuvres suspectes dont il avait connaissance⁸². Remarquons que dans le cadre du même procès, la Couronne a réussi à prouver que l'accusé avait négocié son silence

78. *R. c. Roy*, [1994] O.J. No. 602 (C.A.) (LN/QL).

79. *R. c. Kereliuk*, préc., note 76.

80. *R. c. Padmore*, préc., note 76.

81. *R. c. Molloy*, préc., note 76.

82. *R. c. Schmouth*, préc., note 17.

avec ses complices en échange d'une commission secrète⁸³. À notre avis, un tel comportement constitue une fraude directe engageant la responsabilité criminelle de l'accusé sans besoin d'avoir à invoquer l'article 21 (1) (b) C.cr.

D'autres cas sont plus faciles à relever. Il en est ainsi de l'employé qui, dans le cadre de ses fonctions, dissimule des revenus et les conserve ultérieurement. En pareil cas, il est non seulement coupable de fraude par autre moyen dolosif pour avoir dissimulé l'argent, mais de vol pour l'avoir ainsi détourné (article 322 C.cr.)⁸⁴. Encore, l'employé peut faire un usage abusif d'une carte de crédit que lui confie son employeur aux fins d'effectuer des dépenses raisonnables dans le cadre de ses fonctions⁸⁵.

L'obligation de loyauté s'étend aussi à d'autres acteurs économiques tel le directeur d'une société. C'est le sujet que nous nous apprêtons à aborder dans la prochaine sous-section.

2.2.3.3 Le directeur de société

À l'instar de l'employé, le directeur d'une société est souvent susceptible de se placer en conflit d'intérêts. Même s'il est un principe de droit privé que le propriétaire d'un bien en a l'usage (*usus*) et l'*abusus* exclusifs, il peut arriver que l'emploi abusif de ces facultés soit condamnable tant sur le plan du droit privé que du droit criminel. Ainsi, la Cour suprême du Canada a réitéré à maintes reprises que l'utilisation des biens d'une société pour des fins personnelles peut constituer une fraude par autre moyen dolosif⁸⁶. L'un des arrêts les plus percutants récemment rendus par la Cour suprême est l'affaire *Zlatic* où l'accusé exploite une entreprise de vente en gros de vêtements. En tout temps pertinent, il reçoit des livraisons de marchandise de ses fournisseurs pour une valeur de plus de 375 000 \$. Ces marchandises sont livrées à crédit ou en contrepartie de chèques postdatés. Pendant quelques mois, les

83. *Id.*, par. 275-280, 426-454, 472-501.

84. *R. c. Roach*, préc., note 61.

85. *R. c. Peters*, préc., note 76.

86. L'arrêt phare en la matière est *R. c. Olan*, [1978] 2 R.C.S. 1175.

marchandises sont vendues et les produits des ventes sont perdus par l'accusé en jouant au jeu tout cet actif. La déclaration de culpabilité pour fraude rendue en première instance a été maintenue par la Cour d'appel du Québec⁸⁷, puis confirmée par la Cour suprême du Canada⁸⁸. Remarquons que cet arrêt soulève diverses questions dont celle de la limite, pour des dirigeants de sociétés, de l'appropriation à des fins personnelles de biens appartenant à leur compagnie.

L'article 328(e) C.cr. permet d'inculper pour vol l'administrateur, le dirigeant ou le membre d'une personne morale qui dérobe une chose de celle-ci. Qu'en est-il cependant de l'administrateur d'une société qui en est l'actionnaire unique? Ne peut-on pas dire qu'il ne peut pas dérober un bien à son propre endroit? Nous croyons que les avantages que confère la limitation de la responsabilité par le biais de l'utilisation d'une société ayant un patrimoine distinct, comportent le corollaire qu'est l'obligation pour l'administrateur et actionnaire unique de ne pas en dilapider les actifs au détriment des créanciers. En effet, la Cour suprême a bien consacré le principe que l'administrateur d'une société, même comme seul actionnaire, cesse d'en être l'âme dirigeante dès qu'il s'emploie à sa spoliation⁸⁹. Rappelons, par ailleurs, que même dans le cas d'une société n'ayant qu'un seul actionnaire qui est, par conséquent, le seul administrateur et dirigeant de la compagnie, ce dernier est le propriétaire *des actions* de la personne morale et non le propriétaire *de la société comme telle*. En effet, la société et l'actionnaire unique sont deux *personnes juridiques différentes* ayant des *patrimoines distincts*⁹⁰. La propriété des actions d'une compagnie confère trois droits distincts dont l'exercice est encadré par la loi: le droit de vote, le droit aux dividendes et le droit au reliquat en cas de

87. R. c. Zlatic, (1991) 65 C.C.C (3rd) 86 (C.A.Q.).

88. R. c. Zlatic, préc., note 48.

89. *Canadian Dredge & Dock co. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 662, p. 713; J. GAGNÉ et P. RAINVILLE, préc., note 22, p. 428.

90. C.c.Q., art. 301, 302 et 309; LSAQ, art. 224; LCSA, art. 15; Raymonde CRÊTE et Stéphane ROUSSEAU, *Droit des sociétés par actions*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2011, n° 51-52 et 213-222, p. 25-26 et 99-103.

liquidation de la société⁹¹. L'administration et la direction d'une personne morale de droit privé sont aussi réglementées par des lois particulières qui prévoient des devoirs, dont l'obligation de loyauté envers la compagnie⁹². Par conséquent, même si nous nous retrouvons avec le cas d'un seul actionnaire, l'exercice de ses droits ainsi que de ses fonctions de dirigeant et administrateur est encadré par ces lois et principes. Ceux-ci l'empêcheraient de détourner le patrimoine de la société, car en agissant de la sorte, l'actionnaire unique privilégierait ses propres intérêts aux dépens de celui de la compagnie, ce qui serait contraire à son obligation d'agir avec prudence et diligence au meilleur des intérêts de la société. Lorsque la spoliation risquerait, de plus, de mettre en péril la solvabilité du patrimoine de la compagnie, le droit privé nous offre une solution additionnelle qui aurait pu être invoquée dans l'affaire *Zlatic*. Il s'agit de la fraude paulienne sanctionnée par l'article 1631 C.c.Q. qui vise à déclarer inopposables les actes juridiques visant à dilapider le patrimoine de la société au détriment des créanciers de celle-ci.

Les actes peuvent être présumés ou réputés frauduleux selon qu'ils soient commis avec la participation d'un tiers connaissant l'insolvabilité ou selon que l'acte soit fait à titre gratuit (articles 1632 et 1633 C.c.Q.). Ainsi, ne s'agissant pas d'un mensonge ou d'une supercherie, l'acte fait en fraude des tiers, en l'occurrence les créanciers de la société de M. *Zlatic*, peut constituer une fraude par l'emploi d'un moyen dolosif.

Dans l'affaire *Zlatic*, les victimes étaient les tiers créanciers, mais il se peut aussi, en vertu des mêmes préceptes, que les victimes soient les actionnaires de la compagnie⁹³ ou encore, la société elle-même, et ce, même avant que la spoliation n'ait d'effets préjudiciables pour les tiers. Le droit criminel protège ainsi la compagnie spoliée par son âme dirigeante et unique actionnaire avant même que la perte se fasse ressentir à l'endroit des créanciers⁹⁴.

91. LSAQ, art. 47; LCSA, art. 24 (3).

92. C.c.Q., art. 321 et 322; LSAQ, art. 119; LCSA, art. 122.

93. R. c. *McGregor*, [2004] O.J. No. 832 (S.C.J.) (LN/QL).

94. R. c. *Marquardt*, [1972] B.C.J. No. 3 (C.A.) (LN/QL).

Une autre modalité de la fraude par autre moyen dolosif commise par le directeur d'une entreprise est celle qui consiste à favoriser ses propres intérêts au détriment de la société ou de ses actionnaires. Ne commettant pas un acte de spoliation proprement dit, le dirigeant d'une entreprise peut détourner de petites sommes d'argent à son profit, se payer pour des services jamais rendus ou encore facturer aux investisseurs des frais illégaux ou mettre en péril les avoirs de la société en disposant d'actions que la compagnie détient au sein d'une entreprise profitable⁹⁵. Dans une pareille situation, le directeur manque non seulement à son obligation fiduciaire et de bonne foi, mais se place en situation de conflit d'intérêts, ce que lui interdisent généralement les documents constitutifs de la compagnie, le droit privé et le droit particulier des sociétés⁹⁶.

Une autre hypothèse susceptible d'engager la responsabilité criminelle d'un dirigeant est celle où celui-ci, agissant à ce titre pour le compte de plusieurs sociétés distinctes, conclut des ententes économiques entre ces sociétés sans divulguer ses intérêts autres à ses actionnaires⁹⁷. Lorsque les ententes s'avèrent désavantageuses pour la société mandante, l'élément de privation ne sera pas difficile à identifier et le dirigeant sera reconnu coupable de fraude par autre moyen dolosif⁹⁸. Toutefois, le fait que les agissements du directeur

95. *R. c. McCullough*, préc., note 62.

96. C.c.Q., art. 2138 (2); LSAQ, art. 119, 122-133; LCSA, art. 120 et 122.

97. *Id.*

98. *R. c. Harris*, préc., note 61. Dans cette affaire, l'accusé était un dirigeant de Supérieur Propane ltée. En collaboration avec d'autres officiers de la compagnie, il a constitué plusieurs sociétés afin que ces dernières puissent conclure, avec Supérieur Propane, une série de contrats qui leur étaient nettement avantageux. Dans aucune des diverses transactions conclues entre la société victime et les diverses compagnies contrôlées par l'accusé et ses complices, le prévenu n'a déclaré ses conflits d'intérêts contrevenant ainsi aux politiques de son employeur. Bien au contraire, par une série de subterfuges, il a souvent caché son identité ou celle de ses collaborateurs afin d'éviter que des tiers, la victime ou les vérificateurs financiers de cette dernière puissent se rendre compte du stratagème. Par ailleurs, ces transactions se sont soldées par un gain net pour les entreprises de l'accusé au détriment des intérêts de Supérieur Propane. Le tribunal reconnaît la culpabilité du prévenu à l'accusation de fraude sur

n'aient pas entraîné de perte directe et immédiate pour la compagnie n'est pas exonératoire de responsabilité. En effet, dans un tel cas l'élément de privation consisterait en l'absence de possibilité pour les parties prenantes de la société victime d'avoir pu prendre une décision éclairée en possédant toute l'information à leur disposition⁹⁹.

Une autre catégorie de personnes tenues à une obligation de loyauté est celle des fiduciaires au sens large du terme. L'expression fiduciaire peut comprendre le fiduciaire au sens propre du terme (*trustee*), le mandataire (*agent*) ou toute autre personne tenue à une obligation de loyauté ou *fiduciary duty*.

2.2.3.4 Le fiduciaire et le mandataire

L'une des institutions phares de la catégorie des contrats relationnels est la fiducie qui, à certains égards, peut se comparer aux contrats de mandat, à l'exception que la première se rapporte à des patrimoines distincts entre le fiduciaire et le bénéficiaire tandis que le contrat de mandat se rapporte à la détention, la gestion ou la disposition d'un bien par le mandataire en faveur de mandant. Le bien appartient à ce dernier.

En droit civil québécois, la fiducie est définie sommairement par l'article 1260 C.c.Q. :

La fiducie résulte d'un acte par lequel une personne, le constituant, transfère de son patrimoine à un autre patrimoine qu'il constitue, des biens qu'il affecte à une fin particulière et qu'un fiduciaire s'oblige, par le fait de son acceptation, à détenir et à administrer.

la base des principes de la common law et des dispositions de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*.

99. Voir *R. c. Schafer*, préc., note 15. Il s'avère, en l'espèce, que d'importantes sommes ont été transférées entre sociétés de sorte que le fait de s'en départir mettait ces montants à risque, d'où la privation. Le tribunal reconnaît aussi que, ce faisant, l'accusé violait les dispositions des lois particulières du droit des sociétés par actions qui sont d'ordre public et auxquelles les parties ne peuvent renoncer.

En common law, la fiducie est décrite comme suit :

[U]ne fiducie existe lorsqu'une personne, appelée fiduciaire (*trustee*) détient des biens à titre de propriétaire, soit dans l'intérêt d'une personne ou de plusieurs personnes, appelés bénéficiaires (*beneficiary* ou *cestui que trust*), soit en vue de la réalisation d'un but particulier.¹⁰⁰

La notion de fiducie en common law est plus large que celle existante en droit civil et peut couvrir, par exemple, certains types d'ententes conclues dans le domaine des affaires et de la finance.

L'article 2 C.cr. décrit le fiduciaire comme une « [p]ersonne qui est déclarée fiduciaire par une loi ou qui, en vertu du droit d'une province, est fiduciaire [...] ». Remarquons, par ailleurs, que l'article 336 C.cr. sanctionne par voie d'abus de confiance le détournement d'un bien détenu par le fiduciaire décrit à l'article 2.

Cette forme de détournement n'est pas exclusive et peut aussi être sanctionnée par la troisième modalité de la fraude décrite à l'article 380 C.cr., car le détournement d'un bien par un fiduciaire dans le cadre de l'exécution de ses fonctions, constitue une forme d'inexécution civile sanctionnée criminellement¹⁰¹.

Le fiduciaire, en raison du lien de confiance auquel il est assujetti, doit agir avec loyauté envers le bénéficiaire de la fiducie. Cette obligation peut être violée de diverses façons: par le détournement des biens confiés tel que dit plus haut, par la perception de commissions secrètes ou encore par défaut d'agir dans le meilleur des intérêts du bénéficiaire. Remarquons que la violation de l'obligation de loyauté peut être directe et évidente¹⁰² ou plus subtile par l'emploi, par exemple, de la réputation et des logo et marque de commerce d'un ancien employeur pour inspirer

100. Aline GRENON, « La fiducie » dans Louise BÉLANGER-HARDY et Aline GRENON (dir.), *Elements of Quebec Civil Law: A Comparison with the Common Law of Canada*, Toronto, Carswell, 2008, p. 187, à la page 189.

101. M. NACCARATO, préc., note 9, p. 524-528.

102. R. c. *Gopher*, 2005 SKQB 243.

confiance à des épargnants. Dans l'affaire *Dennis*, pareil conseiller financier a été déclaré coupable de fraude pour avoir omis d'être transparent et d'informer ses clients de sa véritable identité¹⁰³.

En matière de mandat (*agency* en common law), le mandataire est tenu d'agir avec loyauté vis-à-vis du mandant, car, pareil contrat comporte un degré de confiance accrue. La violation de cette obligation comporte le degré de gravité nécessaire pour qu'intervienne la sanction du droit criminel¹⁰⁴. Le manquement du mandataire vis-à-vis son mandant peut se manifester soit par le détournement pur et simple d'un bien ou d'une somme d'argent à lui confiée auquel cas interviendrait l'article 322 C.cr. concernant le vol par détournement. Encore, ce détournement peut constituer une fraude par autre moyen dolosif, car celle-ci se veut englobante et couvrirait aussi pareil cas¹⁰⁵. Toutefois, le mandataire peut commettre d'autres impaires dans la cadre de ses fonctions comme, par exemple, la perception d'une commission secrète¹⁰⁶ ou encore, l'achat d'un bien qu'il est tenu de vendre pour et à l'acquis de son mandant¹⁰⁷. Pareil manquement emporte la nullité de ce genre d'acquisition en droit privé et en common law¹⁰⁸.

Ainsi, l'intermédiaire qui perçoit une somme d'argent avec instruction d'effectuer un paiement en faveur d'un tiers, se voit déclarer coupable de fraude par autre moyen dolosif soit parce qu'il a détourné une somme qu'il devait affecter à une fin particulière contrairement au mandat confié ou encore parce qu'il se créait une fiducie, en common law, en faveur d'une tierce personne, soit le

103. *R. c. Dennis*, 2003 BCSC 1688 (bien que le tribunal conclut à une fraude par mensonge ou par supercherie, il ressort du jugement qu'il s'agit d'une fraude par autre moyen dolosif).

104. M. NACCARATO, préc., note 9, p. 520 et ss.

105. En ce sens, voir : *R. c. Gopher*, préc., note 102.

106. M. NACCARATO, préc., note 9, p. 519.

107. En ce sens, voir : *R. c. Ouellette*, préc., note 61. Dans cette affaire, l'accusé profite de l'accès privilégié à des informations et relations d'affaires pour acquérir, par le biais de sociétés-écrans, une option d'achat sur un terrain qu'il a revendu, par la suite, à son mandant après avoir empoché un profit considérable résultant de ce stratagème.

108. M. NACCARATO, préc., note 9, p. 518 à 522.

bénéficiaire du paiement. Les circonstances de la création du contrat de mandat ou de fiducie dépendent de l'intention des parties et de la preuve faite¹⁰⁹.

Lorsque nous parlons de contrat de confiance accrue, nous ne visons pas une catégorie particulière de contrat. Ce type de convention se vérifie ponctuellement selon chaque cas d'espèce.

2.2.3.5 Le contrat de confiance accrue

Les contrats entre parties visent généralement l'accomplissement d'intérêts opposés d'où la réticence des tribunaux à intervenir lorsqu'une partie profite astucieusement de la faiblesse de l'autre. Nous avons affirmé plus haut que certains types de contrats apportent, en raison de leur nature propre, un degré de confiance accrue. Cette asymétrie n'est pas opportuniste, mais inhérente à l'opération contractuelle qu'ont conclue les parties. Bien que nous soyons tentés de catégoriser exhaustivement cette forme de relation contractuelle afin de ne point abuser de l'intervention prétorienne dans l'accord de volonté, il n'en demeure pas moins que pareil exercice serait voué à l'échec. La Cour suprême du Canada confirme qu'il suffit que le contrat visé en soit un de confiance accrue où l'une des parties se place, en ce faisant, dans une situation de vulnérabilité. La partie en situation de force ne peut ainsi violer la confiance donnée sans qu'elle ne soit sanctionnée civilement. La jurisprudence enseigne que la sanction civile est aussi accrue. Les arrêts clés en la matière sont les affaires *Lac Minerals* en common law et *Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng* en droit civil¹¹⁰.

109. Voir par exemple : *R. c. McMillan*, [1997] O.J. No. 4232 (Ct. of J.) (LN/QL). Dans cette affaire, les accusés sont cités à procès à l'issu de l'enquête préliminaire en raison du détournement d'un chèque donné en paiement pour une marchandise.

110. *Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng*, préc., note 56; *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, préc., note 57. Pour une analyse théorique de cette question voir M. NACCARATO et R. CRÊTE, préc., note 69, aux pages 647-668 et M. NACCARATO, préc., note 55, p. 457-521.

Pour nous convaincre de cette affirmation, il suffit de citer un cas où a été déclaré coupable de fraude par autre moyen dolosif, le propriétaire d'un motel à qui des clients avaient communiqué leurs numéros de carte de crédit. Pareille communication comporte un degré de confiance qui doit être protégé. C'est ainsi que l'utilisation non autorisée d'un numéro de carte de crédit engage la responsabilité criminelle de celui qui détourne cette information¹¹¹.

D'affirmer la Cour du Banc du Roi :

I have taken some time to review the evidence of the various clients at 40 Winks and their testimony is eloquent in its characterization of the behavior of the accused, as the evidence has disclosed. All of them stated that what was done was not what had been agreed to. All of them stated that they never authorized any access to their credit cards or a deposit or a prepayment or any such thing. All of them stated that in their experience, this had never happened. The only concession they made was that they expected to pay for the first night accommodation if, one, they didn't show up, second, they didn't cancel in time. So, therefore, under the « other fraudulent means » definition, being the wording of the section, the case of *Zlatic* defines it, quote:

« Fraud by « other fraudulent means » encompasses all other means that can properly be stigmatized as dishonest. Dishonesty is determined objectively by reference to what a reasonable person would consider to be a dishonest act. The essence of dishonesty is the wrongful use of something in which another has an interest in such a manner that the other's interest is extinguished or put a risk. »¹¹²

Notre théorie au sujet du châtement de l'illicéité en droit privé par le droit criminel ne se limite pas aux seules obligations issues du droit civil proprement dit. Il s'agit d'une pratique que nous faisons régulièrement, mais, parfois, nous l'ignorons. Il suffit de citer la

111. *R. c. Murray*, 2003 Carswell NB 661 (Q.B.) (WC), conf. par 2005 NBCA 51;
R. c. Olan, préc., note 86.

112. *Id.*, par. 58 (j. Sylvio).

violation aux nombreuses lois particulières telles celles sur l'impôt sur le revenu. Bien que les sanctions aux violations de ces lois soient particulièrement prévues dans celles-ci, le caractère englobant de la fraude criminelle n'est pas exclu d'application.

3. La répression de la violation de lois particulières

Notre hypothèse de droit transversal civil/criminel n'est pas étrangère à une pratique bien établie. Nos tribunaux fourmillent de dossiers comportant des actes d'accusation pour fraude en raison de violations à des dispositions contenues dans des lois particulières. Il suffit de penser aux exemples issus des lois fiscales, sociales ou économiques. Le fait est que l'article 380 C.cr. est une disposition englobante qui couvre les comportements répréhensibles sanctionnés par ces diverses lois. Ceci étant dit, il importe d'insister sur l'application analogique de ce courant jurisprudentiel à notre hypothèse et partant, de mieux cerner cette pratique afin d'en établir les contours et mieux circonscrire la portée de l'article 380 C.cr.

3.1 Droit des sociétés par actions

Le premier exemple auquel nous pouvons faire référence est celui du droit des sociétés par actions ayant donné naissance à l'arrêt *Olan*¹¹³. Dans cette affaire, les accusés se portent acquéreurs d'une société et en financent l'acquisition par le biais de l'émission d'actions de cette même compagnie en guise de paiement à leurs vendeurs. Ce financement a eu pour effet d'endetter la compagnie envers ses anciens actionnaires et mener à son insolvabilité, d'où le dépôt d'accusations, pour fraude par autre moyen dolosif. Dans son jugement, la Cour suprême du Canada en vient à la conclusion que l'utilisation des biens d'une société à des buts personnels, soit, en l'espèce, l'achat et le financement de la compagnie, plutôt qu'à des fins nécessaires aux opérations de la société est un acte malhonnête constitutif d'un autre moyen dolosif au sens de l'article 380 C.cr. Cet énoncé de principe aura inspiré la Cour suprême dans les arrêts

113. *R. c. Olan*, préc., note 86.

*Théroux*¹¹⁴ et *Zlatic*¹¹⁵ même s'il peut paraître somme toute vague et ambigu.

Nous croyons pouvoir bonifier cette approche en circonscrivant davantage le mode de financement employé dans l'affaire *Olan* par l'application des tests financiers déjà prévus par les lois sur les sociétés par actions et qui établissent le taux d'endettement permis lorsque la compagnie procède à un paiement de dividendes à ses actionnaires. Rappelons qu'il existe deux types de tests financiers applicables en matière de paiement de dividendes: le test de solvabilité (exigé par la législation canadienne et québécoise) et le test comptable (exigé par la législation canadienne seulement). Ils sont tous deux définis aux paragraphes a) et b) de l'article 42 LCSA respectivement :

Art. 42. La société ne peut déclarer ni verser de dividende s'il existe des motifs raisonnables de croire que:

- a) ou bien elle ne peut, ou ne pourrait de ce fait, acquitter son passif à échéance;
- b) ou bien la valeur de réalisation de son actif serait, de ce fait, inférieure au total de son passif et de son capital déclaré¹¹⁶.

L'article 104 LSAQ qui prévoit le test de solvabilité applicable aux sociétés par actions ayant été constituées en vertu de législation québécoise reprend les mots de l'article 42 a) LCSA. Cette disposition adoptée par le législateur québécois lors de la dernière réforme de 2009, retire le test comptable. Les motifs expliquant cette modification se baseraient sur des considérations pratiques et sur l'incertitude entourant l'interprétation du test comptable¹¹⁷.

114. *R. c. Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5.

115. *R. c. Zlatic*, préc., note 48.

116. L'exigence du test comptable fait l'objet de certaines réserves de la part des experts. Des considérations pratiques en plus de l'incertitude reliée à son interprétation rendraient son application fragile. Cette situation a, par ailleurs, motivé le législateur québécois à ne considérer que le test solvable lors de sa réforme du droit des sociétés par actions de 2009. R. CRÊTE et S. ROUSSEAU, préc., note 90, n° 562, p. 259.

117. *Id.*

À notre avis, le paiement de dividendes en violation des tests financiers applicables et en fraude du droit des créanciers comporterait l'élément de gravité nécessaire pour être puni par l'article 380 C.cr. Plus spécifiquement, il serait compris dans ce que le législateur entend par « fraude par autre moyen dolosif ». En effet, en agissant de la sorte, il devient évident que l'administrateur place, volontairement et en toute connaissance de cause, la société dans une situation où elle ne pourra pas s'acquitter des obligations auxquelles elle s'était engagée auprès de ses créanciers. L'élément de malhonnêteté d'une telle manœuvre ressort au premier plan. Une question, toutefois, demeure dans l'esprit du juriste avisé : qu'en est-il de la situation inverse? En d'autres termes, le respect des tests financiers met-il l'administrateur ayant procédé au paiement de dividendes à l'abri de poursuites pour fraude criminelle?

Bien que la question soit difficile à répondre et puisse requérir de larges développements en raison de son intérêt, nous pensons pouvoir y répondre par la négative au motif de l'existence d'un élément devenu ubiquitaire en droit des sociétés par actions: l'obligation de loyauté des administrateurs envers la société par actions et, plus largement, envers les parties prenantes (*fiduciary duty* en common law)¹¹⁸. Ainsi, nous postulons que nonobstant le respect des tests financiers, un administrateur pourra voir sa responsabilité criminelle engagée si, néanmoins, il ne s'acquitte pas de son obligation de loyauté. Par ailleurs, cette situation a déjà été constatée en matière civile comme le prouvent les décisions *Gagnon c. Héroux*¹¹⁹ et *Bergeron c. Bergeron-Faucher*¹²⁰. Remarquons que le respect de l'obligation de loyauté par l'administrateur devient une pierre angulaire au moment d'analyser les comportements de ce dernier vis-à-vis d'autres types d'opérations retrouvées dans le monde des affaires. Nous citerons quelques exemples tirés de la jurisprudence qui, sans vouloir être exhaustifs, permettront au lecteur de mieux comprendre notre position.

118. Les lois sur les sociétés par actions prévoient l'obligation de loyauté des administrateurs et dirigeants: LSAQ, art. 119; LCSA, art. 122.

119. *Gagnon c. Héroux*, REJB 1997-03027 (C.S.).

120. *Bergeron c. Bergeron-Faucher*, REJB 1998-06831 (C.A.).

Dans *Schafer*¹²¹, le directeur d'une société, qui en était le seul administrateur et actionnaire, est accusé d'avoir employé plusieurs personnes morales, dont il avait le contrôle, dans le but de frauder des investisseurs étrangers et contourner les règles d'un programme d'investissement du gouvernement fédéral. Schafer, qui possédait plusieurs entreprises qu'il exploitait par le biais de plusieurs sociétés par actions, a utilisé les fonds confiés par les investisseurs pour financer ces compagnies sans déclarer ses conflits d'intérêts. De plus, dans l'un des cas, des sommes ont été utilisées pour renflouer une compagnie située en sol américain contrairement aux prescriptions du programme d'investissement. Ces diverses transactions se sont soldées par des pertes importantes pour les victimes. Dans son jugement, le tribunal conclut à la culpabilité de M. Schafer et, pour ce faire, il se base, notamment, sur les dispositions de la loi provinciale sur les sociétés par actions qui traitent des obligations des administrateurs et dirigeants en matière de conflits d'intérêts. Remarquons que même si le prévenu était le seul actionnaire, dirigeant et directeur du fonds d'investissement, il ressort du jugement que, dans les circonstances, il aurait dû demander un avis indépendant sur les opérations qu'il s'appropriait à effectuer. Par ailleurs, l'utilisation de personnes morales afin de camoufler l'investissement fait en contravention des règles du programme fédéral allait aussi à l'encontre de ses obligations de dirigeant et d'administrateur. En effet, en agissant de la sorte, mis à part le fait de commettre une fraude à la loi, il compromettait, de plus, la légitimité de la participation de ses investisseurs au programme d'immigration dont ils faisaient partie.

L'affaire *McCullough*¹²² ressemble sur certains points à la précédente, d'autant qu'elle s'inscrit dans le cadre du même programme d'investissement étranger du gouvernement fédéral. Toutefois, dans *McCullough*, ce qui ressort le plus, outre les conflits d'intérêts non déclarés, c'est le fait que le prévenu a mis en péril le patrimoine que les investisseurs lui avaient confié en vendant les

121. *R. c. Schafer*, préc., note 15.

122. *R. c. McCullough*, préc., note 62.

actions que sa compagnie détenait dans la société propriétaire d'un hôtel de la région. Pour reconnaître la culpabilité de l'accusé, le tribunal se fonde sur l'obligation de loyauté (*fiduciary duty*) qu'avait M. McCullough en tant que dirigeant et administrateur, en plus, de se baser sur les dispositions de la loi provinciale sur les sociétés par actions concernant les conflits d'intérêts. Mentionnons qu'un document nommé *offering memorandum*, qui liait le prévenu, prévoyait lui aussi une procédure à suivre dans de telles situations, procédure dont l'accusé ne s'est manifestement pas acquitté.

L'arrêt *Lawson* rendu par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique nous permet d'illustrer notre position concernant les paiements et autres transactions connexes autorisés par un administrateur sur les fonds d'une société par actions. Bien que le tribunal n'ait pas eu à se pencher sur la légalité des actes du prévenu, les faits qui sont rapportés dans le jugement sont particulièrement intéressants pour nous. Dans cette affaire, l'accusé était l'unique actionnaire de deux compagnies: Infac Investment Ltd. et Newport Realty Inc. La société Infac a obtenu des fonds de la part d'investisseurs privés par le biais de l'émission de débentures. Elle a, par la suite, octroyé plusieurs prêts successifs à Newport sans intérêt. Après quelques mois, l'accusé, en sa qualité de dirigeant d'Infac, a octroyé une remise de dette à Newport pour le total du montant qui était dû à ce moment-là. Il a, par la suite, vendu ses parts dans Infac pour la somme de 1\$. Remarquons que le prévenu était accusé d'avoir frustré Infac. Le chef d'accusation ne concernant pas la privation de l'acheteur des parts du prévenu dans Infac ni les détenteurs de débentures de Infac. Toutefois, si nous nous basons sur notre raisonnement concernant le paiement de dividendes pour le transposer à la question de cette remise de dette, nous constatons que l'obligation de loyauté à laquelle M. Lawson était tenu faisait en sorte qu'il ne pouvait faire une telle concession. Peu importe le créancier de l'obligation que l'on considère : Infac, l'acheteur des parts du prévenu ou les détenteurs de débentures, le résultat est le même. En effet, il n'était évidemment pas dans l'intérêt d'Infac ni de ses diverses parties prenantes que l'accusé ait autorisé une telle remise de dette.

Finalement, dans l'affaire *Harris*, l'accusé était un dirigeant de Supérieur Propane ltée. En collaboration avec d'autres directeurs de la compagnie, il a constitué plusieurs sociétés afin que ces dernières puissent conclure, avec Supérieur Propane, une série de contrats qui leur étaient nettement avantageux. Dans aucune des diverses transactions conclues entre la société victime et les diverses compagnies contrôlées par l'accusé et ses complices, le prévenu n'a déclaré ses conflits d'intérêts contrevenant ainsi aux politiques de son employeur. Bien au contraire, par une série de subterfuges, il a souvent caché son identité ou celle de ses collaborateurs afin d'éviter que des tiers, la victime ou les vérificateurs financiers de cette dernière puissent se rendre compte du stratagème. Par ailleurs, ces transactions se sont soldées par un gain net pour les entreprises de l'accusé au détriment des intérêts de Supérieur Propane. Le tribunal a reconnu la culpabilité du prévenu à l'accusation de fraude sur la base des principes de la common law et des dispositions de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* ayant trait à l'obligation de loyauté (*fiduciary duty*) des dirigeants et administrateurs des sociétés et aux conflits d'intérêts.

Ces différentes décisions nous illustrent l'importance que joue l'obligation de loyauté dans la détermination de la légalité d'un acte posé par un dirigeant ou un administrateur tant du point de vue civil que criminel. Rappelons, par ailleurs, que *le respect* des tests financiers n'est pas gage de salut en matière de déclaration de dividendes. Ainsi, un administrateur pourra voir sa responsabilité civile, voire criminelle, engagée même s'il respecte les tests financiers prescrits par la loi s'il agit contrairement aux intérêts de la société et des parties prenantes. Toutefois, et comme nous l'avons dit précédemment, la déclaration de dividendes *en contravention* de ces tests comportera l'élément de gravité nécessaire pour constituer une fraude par autre moyen dolosif. À notre avis, il aurait été aisé pour les procureurs de la poursuite dans les affaires *Zlatic*, *Schafer* et *Lawson* précédemment citées de démontrer que des retraits d'argent avaient été réalisés en violation des tests financiers. La preuve de ces contraventions en plus de celle du préjudice pécuniaire pour les victimes aurait suffi pour entraîner la condamnation des accusés.

Pour le reste, mentionnons que tant la LCSA comme la LSAQ contiennent des dispositions régissant divers aspects reliés aux sociétés par actions. Lorsqu'impératives, la violation de ces dispositions comporterait l'élément de gravité nécessaire pour entraîner une condamnation en vertu de l'article 380 C.cr.

3.2 Droit fiscal

Dans le domaine du droit fiscal, il est aisé d'affirmer que l'omission de déclarer des revenus à des fins de prélèvement d'impôts ou de taxes constitue en soi un manquement grave de la part d'un contribuable. Or, les lois fiscales prévoient déjà des sanctions pénales pour pareils manquements¹²³. La question est de savoir dans quelle mesure ces omissions pourraient faire l'objet d'une répression criminelle aux termes de l'article 380 C.cr. Autrement dit, devrait-on dans chaque cas déterminer si le manquement comporte le degré de gravité? Pour les motifs que nous venons d'énoncer, nous ne le croyons pas. Ainsi, le procureur de la poursuite aurait une discrétion pour déterminer s'il dépose des accusations criminelles ou pénales tel qu'il l'aurait en matière d'infractions hybrides.

Remarquons qu'il est plutôt difficile de trouver dans la jurisprudence des cas d'omission de déclaration de revenus comme tels. En effet, ce type de fraude prend, la plupart du temps, la forme d'une déclaration mensongère où le contribuable affirme aux autorités ne pas avoir perçu plus de revenus que ceux qu'il a inscrits sur son formulaire fiscal, ce qui s'avère faux. Ainsi, ces cas seraient englobés par les deux premières modalités de la fraude mentionnées dans le libellé de l'article 380 C.cr. Toutefois dans l'affaire *Hucal*¹²⁴, l'un des coaccusés (Cadieux) a été reconnu coupable de fraude, alors qu'il omettait de déclarer des revenus provenant d'un trafic illégal de tabac auquel il prenait part. En ce qui concerne l'autre coaccusé (Hucal), nous ne pouvons pas qualifier ses omissions dans la troisième modalité de fraude (par autre moyen dolosif), car il

123. Voir à titre d'exemple : *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 (5e suppl.), art. 238-239; *Loi sur l'administration fiscale*, RLRQ, c. A-6.002, art. 62-62.1.

124. R. c. *Hucal*, 2001 ABQB 606.

exploitait une entreprise légale et déclarait de façon incomplète les revenus qu'il retirait de la vente de tabac. Ses actes seraient plutôt compris dans la première modalité de fraude (par mensonge), car il déclarait faussement au fisc avoir fait mention de tous ses revenus de vente dans ses formulaires de taxes.

Nous ne pouvons terminer la présente sous-section sans traiter de l'affaire *Cancor Software Corp.*¹²⁵ qui mettait en lumière un stratagème complexe qui, pour certains, pourrait entrer dans les deux premières modalités de fraude mentionnées dans le libellé de l'article 380 C.cr. Bien que plusieurs éléments composant le stratagème puissent effectivement être considérés comme du mensonge ou de la supercherie, nous invitons le lecteur à voir les manœuvres de l'accusé dans son ensemble ce qui permet de qualifier ses actes de fraude par autre moyen dolosif. Pour l'essentiel, il s'agit d'une affaire impliquant trois personnes différentes : Cancor Software Corp., Cancor Research Inc. et Thomas Corr. Ce dernier était l'unique actionnaire, administrateur et dirigeant des deux personnes morales précédemment nommées. La poursuite est basée sur les dispositions du *Code criminel*, mais aussi en vertu de la *Loi canadienne de l'impôt sur le revenu*. Les prévenus sont accusés d'avoir participé à un stratagème ayant conduit à de l'évasion fiscale par le biais de la réclamation de crédits d'impôt octroyés pour des dépenses reliées à de la recherche et du développement (R&D). Le stratagème tenait à l'existence d'une société-écran ayant son siège social au Canada qui permettait de refiler des factures pour des dépenses R&D attribuables à des opérations réalisées en sol américain. Le but était de permettre de rendre ces dépenses admissibles au programme de crédit d'impôt à la R&D prévu à la partie VIII de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui ne visait que les dépenses effectuées en sol canadien.

3.3 Propriété intellectuelle

Un autre exemple intéressant est celui de la violation des droits d'auteur. Ces cas nous intéressent particulièrement en

125. R. c. *Cancor Software Corp.*, [1991] O.J. No. 2236 (Ct. of J.) (LN/QL).

matière de fraude par autre moyen dolosif, car, si la fraude était limitée aux seuls cas de supercherie ou de mensonge, la violation d'un droit d'auteur entre personnes non présentes et étrangères ne pourrait faire l'objet d'une sanction en vertu du *Code criminel*. Il en est ainsi lorsque l'infraction de fraude ou d'escroquerie exige la commission d'une « manœuvre » tel que c'est le cas en droit criminel français¹²⁶. La manœuvre doit être faite en présence de la victime et doit être la cause de la perte. Or, l'accusé qui reproduit des œuvres sans la connaissance ni la présence de l'auteur est réputé, en droit criminel canadien, commettre une fraude par autre moyen dolosif. Ainsi, le repiquage, la vente et/ou distribution de matériel contrefait à l'insu du titulaire des droits de propriété intellectuelle constituent des formes de fraude par autre moyen dolosif et le manque à gagner subi par la victime en devient la privation¹²⁷.

3.4 Droit bancaire

Véritables piliers du système financier, les activités des banques et quasi-banques sont réglementées par un corpus de règles juridiques encadrant une grande variété d'aspects. Certaines de ces normes visent l'organisation et la solidité du système bancaire dans son ensemble¹²⁸. Ainsi, composition du capital-actions, limites en matière de propriété d'actions, restrictions en matière de composition du conseil d'administration, encadrement des activités et placements bancaires font l'objet d'une étroite réglementation. Toutefois, l'encadrement du législateur ne se limitera pas seulement aux

126. Nouveau Code pénal, art. L. 313-1.

127. R. c. *Fitzpatrick*, (1984) 11 C.C.C. (3rd) 46 (B.C.C.A.); R. c. *Kirkwood*, préc., note 11; R. c. *Nguyen*, [1989] O.J. No. 3318 (Dist. Ct.) (LN/QL); R. c. *Béland*, [1989] B.C.J. No. 1043 (Co. Ct.) (LN/QL).

128. Voir notamment : *Loi sur les banques*, L.C. 1991, c. 46; *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne*, RLRQ, c. S-29.01; *Loi sur les associations coopératives de crédit*, L.C. 1991, c. 48; *Loi sur les coopératives de services financiers*, RLRQ, c. C-67.3; *Loi sur le Bureau du surintendant des institutions financières*, L.R.C. 1985, c. 18 (3e suppl.); *Loi sur l'Autorité des marchés financiers*, RLRQ, c. A-33.2; *Loi canadienne sur les paiements*, L.R.C. 1985, c. C-21; *Loi sur la compensation et le règlement des paiements*, L.C. 1996, c. 6; *Loi sur la Société d'assurance-dépôts du Canada*, L.R.C. 1985, c. C-3; *Loi sur l'assurance-dépôts*, RLRQ, c. A-26; *Loi sur la Banque du Canada*, L.R.C. 1985, c. B-2.

aspects systémiques. Il visera aussi les transactions bancaires ayant cours entre des particuliers¹²⁹. Les trois prochaines décisions judiciaires nous permettront d'illustrer les deux volets de cette régulation étatique dans le contexte bien précis d'actes ayant mené à des accusations pour fraude par autre moyen dolosif.

L'affaire *Krawec*¹³⁰ constitue probablement la meilleure illustration de la mise en application de ces règles dans le contexte d'une accusation de fraude criminelle. L'accusé, un avocat exerçant en pratique privée, siégeait sur le conseil d'administration d'une *credit union*. Pendant son mandat administratif, il effectuait aussi des transactions immobilières avec sa mandante au nom de ses clients d'affaires. Dans le cours de sa pratique, le prévenu a participé à un type de prêt connu sous le nom de « bridge mortgage loans » en agissant à titre d'intermédiaire entre les investisseurs et la *credit union*. Dans le cadre de ces transactions, il a contrevenu à plusieurs dispositions contenues dans la loi encadrant les *credit unions* ainsi que dans les règlements qui en découlent. Par exemple, les prêts dépassaient le ratio prêt-valeur fixé pour les hypothèques immobilières, ne respectaient pas les montants des prêts par membre et contrevenaient aux restrictions concernant la composition du portefeuille de placements de l'institution. De plus, les prêts étaient mal documentés, voire non documentés, n'étaient fondés sur aucune évaluation immobilière, étaient basés sur des prix grossièrement gonflés, et ce, contrairement aux exigences réglementaires. Les dispositions légales et réglementaires concernant l'approbation des prêts par le comité de crédit n'ont pas été respectées, l'accusé ayant conçu un stratagème lui permettant de contourner cette procédure en se basant sur l'argument que les placements en litige étaient des investissements et non des prêts. De cette manière, seule l'approbation du directeur général était nécessaire, approbation que le prévenu obtenait sans problèmes en corrompant le haut dirigeant. Le tribunal a constaté cette série de violations à la réglementation financière mise en preuve par la

129. Voir, par exemple : *Loi sur les lettres de change*, L.R.C. 1985, c. B-4.

130. R. c. *Krawec*, préc., note 61.

Couronne et, sur cette base, a reconnu la culpabilité de l'accusé en vertu de l'article 380 C.cr. pour fraude par autre moyen dolosif.

L'affaire *Krawec* nous a permis d'illustrer un cas de violation à des dispositions légales ayant comme but l'organisation et le maintien de la solidité du système financier. Qu'en est-il des violations aux règles bancaires s'appliquant aux transactions entre particuliers? Deux décisions s'avèrent particulièrement intéressantes en la matière. Bien que dans ces deux jugements les accusés aient été acquittés, ils permettent d'illustrer le concept de malhonnêteté sanctionné par l'article 380 C.cr., en contribuant à mieux déterminer le seuil de gravité requis pour que des actes soient considérés comme de la fraude criminelle.

Dans *DaSilva*¹³¹, l'accusé qui était l'unique actionnaire, dirigeant et administrateur de deux sociétés par actions avait conçu un stratagème qui est connu dans le milieu financier sous le nom de *kiting* (cavalerie de chèques). Il s'agit de transactions ayant cours entre deux comptes bancaires différents contrôlés par la même personne. Un premier chèque sans provisions est tiré à partir d'un premier compte bancaire que nous nommerons le compte A et déposé dans un deuxième compte que nous nommerons le compte B. Un deuxième chèque sera tiré à partir du compte B et déposé dans le compte A afin de couvrir le montant du premier chèque et ce, avant que la banque dans laquelle le compte B est détenu n'ait le temps d'obtenir le paiement en règlement du premier chèque ayant été tiré. De cette façon, il apparaîtra que le compte A dispose de fonds suffisants pour honorer le chèque initialement tiré alors qu'il n'en est rien. La banque dans laquelle le compte B est détenu payera alors le chèque au bénéficiaire. Comme le lecteur aura pu remarquer, le but de la manœuvre est d'exploiter le délai requis par le système de compensation et de règlement qui permet à une banque d'honorer un chèque tiré à partir d'un compte ouvert dans une autre institution financière. Utilisé de façon successive, le stratagème permet d'avoir des prêts sans intérêt ce qui peut sembler malhonnête. Toutefois, dans *DaSilva*, le juge n'a pas été de cet avis et a acquitté l'accusé. À

131. R. c. *DaSilva*, 2002 ABPC 83.

son avis, la Couronne n'avait pas réussi à démontrer un élément de malhonnêteté dans les manœuvres de l'accusé. Nous invitons le lecteur à prendre les conclusions de cette décision judiciaire avec beaucoup de prudence. Bien qu'à notre connaissance, il n'existe pas de dispositions légales explicites prohibant ce type de pratique, il n'en demeure pas moins que les contrats bancaires peuvent contenir des clauses empêchant de s'y adonner. De plus, même en l'absence de telles clauses, l'obligation de bonne foi en matière contractuelle qui, au Québec, est prévue à l'article 1375 C.c.Q.¹³², rendrait illégitime ce type de pratique. On pourrait, de plus, se baser sur l'article 1434 C.c.Q. en invoquant à l'encontre de ce stratagème soit les usages bancaires, soit la nature du contrat en cause, soit l'équité. À notre avis, le *kiting*, en plus de violer ces dispositions civiles, contiendrait en lui-même l'élément de gravité requis pour être qualifié de fraude par autre moyen dolosif et recevoir ainsi une sanction criminelle. Par ailleurs, la privation serait constituée par l'obtention d'un montant de crédit sans intérêt à l'insu de la victime. Celle-ci aurait à assumer, de plus, des risques financiers auxquels elle n'aurait pas consenti.

Nous avons déjà eu l'occasion de parler de l'arrêt *Lazeo* impliquant des pertes d'argent provenant de la vente de lingots de platine confiés à l'accusé devenu insolvable¹³³. Dans cette affaire, outre la question de la disposition des fonds, une question relative à un chèque postdaté avait fait surface. Il ressort du jugement que l'absence de fonds d'un chèque postdaté donné en paiement dans le cadre d'un contrat à terme ne constitue pas nécessairement une fraude si l'entreprise possède plus d'un compte bancaire et qu'il y a des fonds suffisants dans ces autres comptes pour honorer la dette que l'on voulait éteindre avec l'effet de commerce.

Un autre domaine du droit financier a donné lieu à une décision fort intéressante en matière de fraude par autre moyen dolosif. Il s'agit du droit des valeurs mobilières qui a donné naissance à l'affaire *Duwell*.

132. Cette obligation de bonne foi est désormais consacrée par la Cour suprême du Canada dans les provinces de la common law : *Bhasin c. Hyrnew*, 2014 CSC 71.

133. *R. c. Lazeo*, préc., note 52.

3.5 Droit des produits dérivés

L'on entend par produit dérivé « un actif dont la valeur dépend d'autres variables plus fondamentales comme les prix d'autres actifs négociés sur les marchés, les taux d'intérêt, les taux de change ou encore les températures, la hauteur de neige dans une station de sports d'hiver, etc. »¹³⁴. Ils sont connus dans le monde des affaires en raison de leurs trois utilités principales soit la couverture de risque pour les entreprises, la spéculation et l'arbitrage (réalisation d'un profit en prenant simultanément position soit sur plusieurs actifs dérivés différents, soit sur actif dérivé et son sous-jacent, le but ultime étant d'acheter bon marché et vendre le plus cher possible)¹³⁵. Les trois principaux instruments dérivés sont les contrats à terme (*futures*), les options (*puts* et *calls*), et les swaps. À partir de ces trois dérivés, les financiers se sont inspirés pour construire d'autres actifs beaucoup plus complexes ayant comme but de répondre aux besoins du marché.

La complexité du marché des produits dérivés, les sommes impliquées dans de telles transactions ainsi que les risques de pertes ont exigé une intervention du législateur afin d'encadrer ce secteur de l'activité financière. Au Canada, cette intervention s'est faite jusqu'à maintenant au niveau provincial. Au Québec, nous retrouvons principalement la *Loi sur les instruments dérivés*¹³⁶ ainsi que son règlement respectif¹³⁷. À cela s'ajoutent des instructions de l'Autorité des marchés financiers¹³⁸. Mentionnons, de plus, que les

134. JOHN HULL, *Options, futures et autres actifs dérivés*, 8^e éd. traduite par PATRICK ROGER, CHRISTOPHE HÉNOT et LAURENT DEVILLE, Paris, Pearson, 2011, p. 1.

135. *Id.*, p. 11-16.

136. *Loi sur les instruments dérivés*, RLRQ, c. I-14.01.

137. *Règlement sur les instruments dérivés*, RLRQ, c. I-14.01.

138. Voir : *Instruction générale concernant l'autocertification*, (2009), Bull. AMF, vol. 6, n° 3, en ligne : <<https://www.lautorite.qc.ca/fr/instructions-generales-derives-autre.html>>; *Instruction générale concernant les contreparties qualifiées* (2009), Bull. AMF, vol. 6, n° 3, en ligne : <<https://www.lautorite.qc.ca/fr/instructions-generales-derives-autre.html>>; *Instruction concernant le produit hybride*, (2009), Bull. AMF, vol. 6, n° 3, en ligne : <<https://www.lautorite.qc.ca/fr/instructions-generales-derives-autre.html>>.

bourses où se déroule une partie importante de ces transactions comptent avec leurs propres règles sous la surveillance bien attentive, cependant, des autorités réglementaires¹³⁹. Il est possible, toutefois, pour les entreprises de négocier de gré à gré des produits sur mesure hors marché boursier (*OTC, Over the counter*).

L'importance des règles encadrant le marché des instruments dérivés en fait des dispositions impératives auxquelles il est impossible de déroger (article 9 C.c.Q.). En ce qui concerne la jurisprudence, nous n'avons recensé qu'un seul cas où une personne ayant violé des dispositions réglementaires relatives aux produits dérivés a été poursuivie en vertu de l'article 380 C.cr. pour fraude par autre moyen dolosif. Il s'agit de l'affaire *Duvell*¹⁴⁰.

Dans cette décision rendue par la cour du Banc de la Reine du Manitoba, l'accusé était le dirigeant, administrateur et actionnaire principal de Duvell Grain Co. Ltd. et de Can Am Commodities Corp. Celle-ci était un opérateur sur le marché des produits dérivés inscrit à la Bourse de Winnipeg et celle-là un client de Can Am qui spéculait sur les contrats à terme sur le grain. Le prévenu est accusé d'avoir contrevenu à une série de règles régissant le marché des instruments dérivés dans le but d'obtenir les profits qui résultaient de ses transactions spéculatives sur le grain sans avoir à assumer les pertes de ses opérations. À cette fin, il utilisait le contrôle qu'il exerçait sur ses deux compagnies tout en enfreignant les règles de la Bourse et de la chambre de compensation auxquelles Can Am était inscrite. Plus spécifiquement, il ne documentait pas les transactions que Duvell Grain Co. effectuait par l'intermédiaire de Can Am, il omettait d'obliger Duvell à maintenir la garantie requise pour opérer sur le marché des dérivés et négligeait d'exiger de la part de celle-ci les montants des pertes subies en raison des opérations réalisées. Il a été prouvé que les sommes rattachées aux gains que Duvell Grain

139. En ce qui concerne la Bourse de Montréal, voir le portail « Réglementation » de leur site web pour y retrouver les diverses règles et politiques : <http://reg.m-x.ca/fr/regulation/rules_policies> (page consultée le 10 janvier 2015).

140. R. c. *Duvell*, [1992] M.J. No. 307 (Q.B.) (LN/QL).

Co. pouvait faire de temps à autre allaient, en fin de compte, dans les poches de l'accusé. Ce stratagème a eu comme effet de diminuer la couverture de risque de Can Am ce qui pouvait l'empêcher d'opérer sur le marché en vertu des règles financières en plus de compromettre potentiellement le compte des autres clients réguliers de l'intermédiaire. Par ailleurs, l'importance des opérations et des pertes subies a conduit, en fin de compte, à la faillite de Can Am, puisque l'accusé n'a pu continuer à déguiser ses déboires dans les rapports financiers comme il l'avait fait pendant un certain temps. Constatant la violation de ces règles financières, le tribunal a reconnu la culpabilité de l'accusé pour fraude par autre moyen dolosif en vertu de l'article 380 C.cr. Remarquons, qu'en l'espèce, la privation était constituée par l'augmentation des risques de pertes pour les autres clients de Can Am en raison de l'affaiblissement progressif de la situation patrimoniale de l'opérateur financier. Ces risques se sont concrétisés lors de la faillite de l'intermédiaire se soldant par des pertes pécuniaires pour les victimes.

3.6 Droit de la faillite et de l'insolvabilité

Le droit de la faillite et de l'insolvabilité est un terrain fertile pour la commission d'actes s'inscrivant dans la troisième modalité de fraude. Les mêmes principes s'appliquent qu'en matière de droit privé. Par exemple, qu'en est-il du failli qui contracte un emprunt sans dévoiler son statut? Dans un jugement, la Cour provinciale de l'Ontario acquitte la faillie au motif que subséquemment à l'obtention du prêt, elle avait été libérée de sa faillite¹⁴¹. De toute façon, la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (L.f.i.) n'oblige pas un failli à déclarer son statut de sorte que, comme nous l'avons déjà dit, faute d'illégalité en droit privé, un accusé ne saurait faire l'objet d'une condamnation en droit criminel¹⁴².

En revanche, le failli qui omet de déclarer des revenus ou des actifs au syndic pendant sa faillite se verra condamné pour son omission qui constituerait une fraude par autre moyen dolosif. En

141. R. c. Dowd, [1982] O.J. No. 2451 (P.C.) (LN/QL).

142. J. GAGNÉ et P. RAINVILLE, préc., note 22, p.172.

effet, pareil manquement irait à l'encontre de l'article 158 L.f.i. qui, combiné à l'article 2 L.f.i. (« bien »), obligent le failli à « révéler et remettre tous ses biens qui sont en sa possession ou son contrôle, au syndic ou à une personne que le syndic autorise. »¹⁴³

3.7 Droit social

La fraude faite à l'endroit des lois régissant les programmes d'aide sociale peut être sanctionnée de deux façons. La fraude étant une infraction englobante, la poursuite a la discrétion pour déposer des accusations soit en vertu de l'article 380 C.cr ou encore en vertu de la loi particulière violée¹⁴⁴. Bien que la fraude commise à l'endroit des lois provinciales régissant l'assistance sociale comporte généralement un degré de gravité *in se*, il importe que le tribunal s'assure que les actes reprochés remplissent ce critère qui est exigé pour qu'il y ait application du droit criminel.

Les fraudes commises dans le domaine du droit social impliquent généralement une fausse déclaration faite dans le cadre de demandes d'assistance sociale, ce qui oriente ces cas vers la première modalité de l'infraction décrite à l'article 380 C.cr. En effet, l'on retrouve, la plupart du temps, dans les formulaires d'aide gouvernementale, une disposition générale qui obligera le prestataire à déclarer que les renseignements qu'il fournit sont véridiques et complets. Cependant, il se peut que les informations fournies soient vraies au moment de la déclaration, mais que la situation socio-économique du prestataire change en cours de route. Ainsi, les formulaires de prestation comportent généralement une disposition obligeant les bénéficiaires d'informer le gouvernement de tout changement dans leur situation socio-économique. La jurisprudence sanctionne pour fraude par autre moyen dolosif la non-divulgaration, par le prestataire, de faits relatifs à sa situation socio-économique

143. *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, c. B-3; Cf. *R. c. Dionne*, 2003 CanLII 49083 (QC CQ).

144. *R. c. Gladu*, (1986) 29 C.C.C (3rd) 186 (Ont. C.A.); *R. c. Rouse*, (1988) 39 C.C.C (3rd) 115 (Alta C.A.); *Contra* : *R. c. Laybolt*, (1985) 20 C.C.C (3rd) 263 (P.E.I.C.A.).

qui seraient susceptibles de changer le montant de l'aide financière octroyée :

non-disclosure of certain important facts may constitute dishonesty for the purposes of s380. Whether in fact it does in a particular case will depend on whether reasonable people would consider it to be dishonest dealing in the circumstances.¹⁴⁵

Cependant, la fraude commise à l'endroit des programmes d'assistance sociale ne se limite pas aux déclarations ou omissions de déclarations relatives aux conditions socio-économiques. Ainsi, le prestataire d'aide sociale qui tente d'échanger un bon lui donnant droit à l'obtention de meubles meublants (« vouchures ») pour une somme d'argent, en contravention des dispositions de la loi provinciale, commettra une fraude par autre moyen dolosif. Il en est de même pour le commerçant qui participe au stratagème. Dans l'affaire *Torkoly*¹⁴⁶, les parties ont employé ce stratagème pour contourner l'interdiction prévue dans la législation. Le commerçant accusé avait échangé une somme d'argent pour un bon du Ministère de l'Aide sociale qui ne pouvait être transigé sur le marché, car il devait servir exclusivement à l'acquisition de meubles pour son bénéficiaire. Bien que l'acte était en tout point conforme à la lettre de la loi, il violait l'esprit de celle-ci, constituant ce que l'on appelle en droit civil, une *fraude à la loi*. C'est pour cela que, ce stratagème a valu à Torkoly une condamnation en vertu de l'article 380 C.cr.

Dans le cadre d'une demande d'assistance sociale, les conditions socio-économiques du bénéficiaire sont déterminées, entre autres, par la présence ou non d'un conjoint avec qui le

145. *R. c. Mercer*, [1998] N.J. No 29 (C.A.) (LN/QL) (j. Green); Voir aussi : *R. c. Vanderveen*, 2002 BCSC 236; *R. c. Wakil*, 2001 CanLII 8595 (ON CA). Comparer avec le jugement suivant où l'accusé est acquitté faute de *mens rea* : *R. c. Leverton*, [2000] S.J. No. 372 (P.C.) (LN/QL). Aussi, il arrive parfois que les tribunaux confondent la fraude commise par omission constituant un autre moyen dolosif avec la fraude commise par mensonge : *R. c. Bavarsad*, 2005 BCPC 598, conf. par 2005 BCPC 598; *R. c. Wilson*, 2004 CarswellOnt 6735 (S.C.J.) (WC).

146. *R. c. Torkoly*, préc., note 16.

prestataire fait vie commune. Il arrive qu'il ne soit pas toujours facile d'établir si deux cohabitants sont simplement colocataires, conjoints ou dans une relation se situant entre les deux. L'existence ou non d'une vie commune affectera l'éligibilité aux prestations ainsi que les montants octroyés. Or, il arrive que les tribunaux doivent décider, à la lumière des faits particuliers de l'espèce, si les parties font vie commune ou pas. S'agit-il d'une question de fait ou de droit? Il a déjà été décidé dans une affaire que la détermination de la vie commune doit se faire à la lumière du droit privé. Ainsi, la norme de l'établissement de la cohabitation est une question de droit à laquelle s'adjoint une conclusion de fait. La question devient mixte, de fait et de droit, mais la norme est de droit¹⁴⁷.

3.8 Droit professionnel

Il existe une autre catégorie de règles dont l'infraction est susceptible d'entraîner une condamnation pour fraude. Il s'agit des normes déontologiques que l'on retrouve dans le droit professionnel. Celles-ci comportent cependant une double normativité. On peut penser à la norme déontologique expresse, qu'elle soit prévue par un code de déontologie de la nature d'un règlement législatif ou encore dans un document administratif. Elles ont la caractéristique d'être expresses et leur violation est facile à détecter. En revanche, nous pouvons penser à une autre forme de normativité, celle-ci plus floue, et qui relève davantage de l'interprétation. Il s'agit de la norme dite éthique qui, à l'opposé de celle dite déontologique, n'est pas prévue expressément. Il existe aussi une norme intermédiaire soit l'obligation d'agir avec intégrité¹⁴⁸. Quoi qu'il en soit, même en présence de normes de déontologie expresses ou d'éthique implicites,

147. R. c. *Jantunen*, [1994] O.J. n° 889 (Ct. of J.) (LN/QL), inf. par [1994] O.J. No. 933 (Ct. of J.) (LN/QL). La question de la normativité de la vie commune est telle qu'il a été jugé que le droit provincial établissant une présomption de vie commune en Nouvelle-Écosse (« the-man-in-the-house-rule ») était inconstitutionnel car contraire aux articles 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et ne pouvait être sauvegardé suivant l'article 1 de la Charte : R. c. *Rehberg*, [1994] N.S.J. No. 35 (S.C.) (LN/QL).

148. Voir, par exemple, l'article 13 du *Code de déontologie des notaires*, RLRQ, c. N-3 qui dit : « Le notaire doit observer les règles de probité, d'objectivité et d'intégrité les plus rigoureuses. ».

il appartiendra au juge du procès de formuler celle qui est applicable au cas d'espèce.

Ainsi, le notaire qui participe, par sa complaisance, à un stratagème orchestré par les parties à une vente immobilière dans le but de fausser temporairement l'évaluation du crédit de l'une d'elles, pourra se voir condamner pour fraude par autre moyen dolosif. En effet, par son silence, il aura fait défaut d'agir avec intégrité, car, dans les circonstances, il lui incombait de divulguer le stratagème à l'institution financière victime de l'escroquerie.¹⁴⁹

Une autre affaire intéressante mérite d'être signalée. Elle implique un célèbre avocat du nom de Salomon qui se voit accusé de fraude par complicité pour avoir omis de déclarer le nom des créanciers dans un affidavit accompagnant une vente d'entreprise, comme l'exigeaient à l'époque les dispositions du *Code civil du Québec*. Relativement à l'une des accusations, Salomon fait entendre un témoin expert de droit privé pour montrer qu'en droit civil, la renonciation de l'un des créanciers d'être inclus dans l'affidavit le dispensait de faire cette déclaration. Le tribunal de première instance lui donne raison sur ce point, mais le déclare coupable pour avoir omis de déclarer d'autres créances. Se portant en appel de ce jugement, l'accusé voit sa condamnation maintenue en deuxième instance. La Cour d'appel semble approuver le principe selon lequel la légalité civile d'un acte juridique ne peut constituer une fraude criminelle. Toutefois, l'argument soulevé par le prévenu se retourne contre ce dernier, car, de conclure la Cour, l'accusé aurait agi illégalement en droit privé. La permission de se pourvoir en Cour suprême du Canada a été rejetée.¹⁵⁰ S'agissant de la défense de

149. *R. c. Laberge*, [1995] J.Q. No. 3135 (C.Q.) (LN/QL). Cependant, dans cette affaire, le notaire Laberge a été déclaré non coupable, car la poursuite ne s'est pas acquittée de sa tâche de prouver hors de tout doute raisonnable la connaissance de l'existence du stratagème par l'accusé.

150. *R. c. Salomon*, [1997] n° AZ-97031137 (C.Q.); *R. c. Salomon*, [2001] n° AZ-50085443 (C.A.); *R. c. Salomon*, [2001] S.C.C.A. No. 308 (LN/QL). Il importe de signaler que depuis le 13 juin 2002, le législateur québécois a abrogé les articles du *Code civil du Québec* régissant la vente d'entreprises de sorte que le vendeur n'est plus tenu à l'obligation de dresser une liste des créanciers tel que l'exigeait l'article 1768 C.c.Q.!

légalité civile telle que prétendue par l'accusé Salomon, voilà qui nous amène à notre dernier titre traitant de ce moyen de défense dans le contexte d'une accusation pour fraude par autre moyen dolosif en vertu de l'article 380 C.cr.

4. Défense de légalité civile

L'un des principes directeurs de la thèse soutenue dans nos deux articles (partie I et partie II) postule que le droit criminel économique est auxiliaire au droit privé de sorte qu'il n'intervient qu'ultimement (*ultima ratio*). Son intervention est guidée par le postulat de gravité selon lequel ce ne sont pas toutes les illégalités civiles qui font l'objet d'une sanction, mais seulement les plus graves commises à l'endroit de nos valeurs fondamentales. Ces deux postulats sont complétés par un troisième ayant trait à l'unité du droit et qui est issu de la théorie des systèmes selon laquelle les sous-systèmes de droit que sont le droit civil et le droit criminel économique s'appliquent en tandem et ne peuvent agir l'un à l'encontre de l'autre.

A contrario, il découle de ces postulats que si l'acte reproché est légal en droit civil, il ne pourrait faire l'objet d'une sanction criminelle. Voilà l'enseignement théorique et épistémologique. Qu'en est-il des manifestations jurisprudentielles? Bien que celles-ci n'abondent pas, quelques illustrations montrent avec à-propos la justesse de ces postulats.

Comme nous l'avons vu plus haut, l'affaire *Salomon* montre avec éloquence la justesse de l'absence de répression criminelle de l'acte civilement licite. Là où l'avocat de l'une des parties n'inclut pas une liste des créanciers d'une entreprise comme le voulait le droit privé causant ainsi préjudice à ces créanciers, le degré de gravité de l'illicéité civile nécessaire pour entraîner une sanction pour fraude en droit criminel sera avéré. *A contrario*, l'argument de l'accusé Salomon était à l'effet qu'il avait agi de manière licite en droit privé. Par conséquent, la question en litige était de déterminer la licéité des agissements de Salomon. Son argument a, par ailleurs, été pris en considération par le tribunal :

Pour les fins de ma conclusion sur le troisième chef, je retiens l'opinion exprimée par le témoin expert Goldstein à l'effet qu'en droit civil, la renonciation de Lyster à sa créance garantie dispensait d'inclure cette dette à l'affidavit.¹⁵¹

En revanche et *a contrario*, les créances non contestées et n'ayant pas fait l'objet d'une renonciation doivent être incluses dans l'affidavit et, même en cas de contestation sérieuse, les produits de la vente à cet égard doivent être déposés dans un compte en fidéicommiss¹⁵². C'est ce qui a fait que l'argument soulevé par l'accusé, bien que valide, n'était pas fondé en droit privé, car le prévenu n'avait pas respecté ces règles pour l'ensemble des créances soulevées dans le cadre de son procès.

Dans une autre affaire impliquant un notaire, ce dernier est accusé de fraude par complicité en instrumentant un acte de dation en paiement selon lequel le cédant, insolvable au moment de la cession, rétrocède par dation en paiement à son créancier hypothécaire un immeuble qui sera ultimement acquis par sa conjointe des mains du créancier.

L'acte d'accusation reproche au notaire d'avoir disposé frauduleusement d'un bien avant la faillite contrairement aux dispositions de l'article 169 (1) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*¹⁵³. Prononçant un jugement d'acquiescement, le tribunal en vient à la conclusion que :

[55] Même si les actes rédigés par le prévenu dans les circonstances que l'on connaît, ont eu pour effet de distraire du patrimoine de Joncas un immeuble qui, par le fait même

151. *R. c. Salomon*, [1997] n° AZ-97031137, p. 62 (C.Q.) (j. Matte) (sous réserve des modifications législatives adoptées depuis).

152. *Id.*, p. 45-46. Ce jugement de première instance est confirmé en appel et la permission de se pourvoir est rejetée par la Cour suprême du Canada : *Salomon c. R.*, [2001] n° AZ-50085443 (C.A.); *R. c. Salomon*, [2001] S.C.C.A. No. 308 (LN/QL). Il est à remarquer que des modifications législatives ont été adoptées depuis.

153. *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, préc., note 143.

cessait d'être « le gage commun de ses créanciers », il ne saurait pour autant constituer un crime.

[56] Cet immeuble était grevé d'une clause de dation en paiement et l'enregistrement de l'avis de soixante (60) jours permettait aux créanciers de Joncas de désintéresser Villeneuve et protéger cet actif. Ils ne l'ont pas fait. Ainsi, la masse des créanciers devenait, dès lors, privée de recours contre ce bien.¹⁵⁴

Bien que ces résultats puissent *a priori* paraître répugnants, la rétrocession par clause de dation en paiement est faite en toute légalité excluant même toute forme de fraude à la loi, car, les créanciers du débiteur étaient protégés par des recours de type subrogatoire en droit privé. Ainsi, la légalité en droit civil est avérée. De surcroît, elle l'est selon la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* dans la mesure où l'exercice d'un recours ayant pour objet une créance garantie (telle la garantie par hypothèque) fait exception à la saisine du syndic du patrimoine du failli. Autrement dit, le bien sort de la masse.

Ainsi, le seuil de l'illicéité en droit criminel est établi normativement par l'interface du droit privé et du droit criminel économique autant dans l'affaire *Salomon* que *Champagne*. Or, en dépit de l'apparente complexité du droit de la fraude par autre moyen dolosif (la malhonnêteté) en droit criminel, l'approche transversale en simplifie la portée significativement et assure une prévisibilité certaine de cette modalité de la fraude.

Conclusion

Dans la partie I de cette étude, nous avons fait les constats suivants. La fraude et l'infraction correspondante échappent souvent à une définition circonscrite. Comme la fraude relève de l'imagination, une définition fermée risque de mieux permettre aux délinquants de la contourner.

En droit canadien, l'article 380 du *Code criminel* prévoit trois modalités de fraude soit par mensonge, par supercherie et par tout

154. R. c. *Champagne*, EYB 1990-70286 (C.Q.) (j. Tremblay).

autre moyen dolosif. La jurisprudence a établi que chaque modalité comportait un élément dit de malhonnêteté. Or, la malhonnêteté est comprise dans le mensonge et la supercherie tandis que l'*autre moyen dolosif* est apparenté à la malhonnêteté.

La question à laquelle nous nous sommes employés de répondre est de savoir qu'est-ce que la malhonnêteté susceptible de sanction criminelle?

Nous avons proposé une étude linéaire fonction d'une grille d'analyse civiliste de droit privé fondée sur le postulat d'auxiliarité du droit criminel par rapport au droit privé et sur le postulat de gravité voulant que ne soit qualifié de criminel que ce qui comporte un degré de gravité avéré.

Cette approche nous a permis de conclure en quelques points :

- 1) que la malhonnêteté sur le plan moral n'est sanctionnée ni sur le plan civil et *a fortiori* ni sur le plan criminel;
- 2) que l'acte licite au plan du droit civil n'est pas sanctionné criminellement;
- 3) que l'illicéité sur le plan civil ne constitue pas nécessairement une infraction criminelle à défaut d'un élément de gravité et
- 4) que l'illicéité sur le plan civil combinée à une gravité avérée constituera une fraude criminelle.

La partie II a eu pour objectif la validation du cadre exprimé dans la partie I. Ainsi, sur le plan du droit positif, nous avons montré que la jurisprudence reconnaît que la malhonnêteté combinée à une norme civile dont la violation comporte un degré de gravité avéré permet de relever, à l'instar de l'arrêt *Théroux*¹⁵⁵, une série de normes sanctionnant la fraude par autre moyen dolosif. Ainsi, nous pouvons affirmer que :

- 1) La simple négligence n'engage pas la responsabilité criminelle d'un justiciable pour un fait juridique quelconque. Seule la

155. R. c. *Théroux*, préc., note 114.

violation d'une obligation civile existante dans les circonstances du cas en espèce pourrait conduire à un tel résultat. En revanche, l'insouciance d'un accusé comportera l'élément de gravité nécessaire pour conduire à une condamnation pour fraude par autre moyen dolosif (sections 1.1 et 1.2).

- 2) Le dol par réticence est suffisamment grave pour être sanctionné par le droit criminel. Les faits du cas doivent, cependant, montrer l'existence d'une obligation positive d'agir selon le droit privé. Ce principe peut être tempéré par l'obligation de l'acheteur de s'informer au sujet de certains faits ayant trait à la transaction qu'il veut conclure et par l'existence d'un préjudice négligeable entraînant l'application de la maxime *de minimis non curat lex* (sections 1.2 et 2.1).
- 3) Les cas de lésion entre cocontractants ne constituent pas une fraude par autre moyen dolosif dans la mesure où ils ne sont pas sanctionnés par le droit privé. Ce dernier contient, toutefois, des exceptions à ce principe général (protection des personnes âgées et des personnes vulnérables, droit des consommateurs, etc.). Compte tenu de leur gravité, ces situations justifieront aussi la répression par le droit criminel (section 2.1).
- 4) La simple inexécution contractuelle n'est pas visée par l'infraction de fraude. À moins que le cas d'espèce ne révèle l'existence de circonstances aggravantes, un justiciable ne pourra être condamné par le droit criminel dans de telles circonstances (section 2.2.1). Il en découle que le débiteur qui détient pour le compte de son créancier une somme d'argent ou un bien quelconque ne pourra pas être inculpé pour fraude à moins que l'on démontre la violation d'une clause explicite ou implicite contenue dans l'entente liant les parties concernant la forme de disposer de cette somme d'argent ou de ce bien (section 2.2.2). Aussi, si l'un des cocontractants n'avait pas l'intention d'exécuter son obligation corrélative et que, par son silence, il amène l'autre partie à exécuter sa prestation à son détriment, il pourra faire l'objet d'une sanction criminelle.

- 5) Le débiteur qui dilapide ses biens d'une personne morale dont il est actionnaire au point de la rendre insolvable vis-à-vis de ses créanciers commet une fraude paulienne suffisamment grave pour entraîner, de surcroît, l'application du droit criminel. Une situation similaire se produira lorsqu'un administrateur ou dirigeant dilapide les biens de sa société (section 2.2.2).
- 6) Certains types de contrat contiennent, en raison de leur nature, un degré de confiance accrue entre les parties, ce qui implique une obligation de loyauté ou *fiduciary duty*. La violation de cette obligation est sanctionnée sévèrement en droit privé et comporte le degré de gravité nécessaire pour justifier la répression par le droit criminel. Parmi les conventions comportant ce degré de confiance accrue, nous retrouvons les contrats de regroupement (*syndicate*), de travail, de dirigeant ou d'administrateur d'une société et de fiduciaire ou de mandataire (sections 2.2.3.1 à 2.2.3.4). D'autres types de conventions pourraient, en raison de leurs caractéristiques analogues aux ententes mentionnées précédemment, être qualifiés de contrats de confiance accrue (sous-section 2.2.3.5).
- 7) Le droit des sociétés par actions est composé d'une série de dispositions comprises tant dans les lois et règlements que dans les documents propres aux compagnies. Dépendamment des circonstances de chaque cas d'espèce, la violation de ces règles comprendra l'élément de gravité requis pour être considérée comme une fraude par autre moyen dolosif. Nonobstant les diverses dispositions spécifiques encadrant le comportement des dirigeants et administrateurs, l'obligation de loyauté qui lie ces personnes à leurs compagnies impliquera une série d'effets sur la qualification de leurs actes. Ainsi, un administrateur qui participe à une déclaration de dividendes pourra voir sa responsabilité civile, voire criminelle, engagée même s'il respecte les tests financiers prescrits par la loi s'il agit contrairement aux intérêts de la société et des parties prenantes (section 3.1).
- 8) La violation des lois fiscales est un comportement suffisamment grave pour être sanctionné par l'infraction

prévue à l'article 380 C.cr. Suivant ce principe, l'omission de déclarer des revenus de ventes de biens et services ainsi que la participation à un stratagème d'évitement fiscal constitueront des fraudes par autre moyen dolosif (section 3.2).

- 9) La reproduction d'une œuvre à l'insu de son auteur constitue une fraude par autre moyen dolosif. Il en est de même pour le repiquage, la vente et/ou distribution de matériel contrefait en violation des droits de propriété intellectuelle (section 3.3).
- 10) Les lois bancaires comprennent une série de dispositions d'ordre public ayant comme but de régir l'organisation du système financier et d'en encadrer les risques. Leur violation comportera l'élément de gravité nécessaire pour justifier leur répression par le droit criminel (section 3.4). Une situation similaire se produira en ce qui concerne la violation des lois encadrant le marché des produits dérivés (section 3.5).
- 11) L'absence de fonds d'un chèque postdaté donné en paiement dans le cadre d'un contrat à terme ne constitue pas nécessairement une fraude si la personne (physique ou morale) possède plus d'un compte bancaire et qu'il y a des fonds suffisants dans ces autres comptes pour honorer la dette que l'on voulait éteindre avec l'effet de commerce. En ce qui concerne le *kiting*, la situation demeure incertaine nonobstant l'existence d'une décision ayant acquitté une personne ayant été accusée de s'être adonnée à une telle pratique (section 3.4).
- 12) Le failli qui omet de déclarer des revenus ou des actifs au syndic pendant sa faillite se verra condamner pour son omission qui constitue une fraude par autre moyen dolosif (section 3.6).
- 13) Le bénéficiaire d'aide sociale qui ne déclare pas un changement dans sa situation socio-économique afin de ne pas voir ses prestations réduites commet une fraude par autre moyen dolosif (section 3.7).
- 14) Le professionnel qui, par son silence, agit contrairement à l'obligation d'intégrité à laquelle il est tenu pourra voir sa responsabilité criminelle engagée si les autres éléments de

l'infraction prévue à l'article 380 C.cr. sont réunis. Ainsi, le notaire qui, dans le cadre d'une transaction immobilière, a connaissance que ses clients ont organisé un stratagème pour fausser l'évaluation du crédit de l'un d'eux pourra se voir condamné pour fraude par autre moyen dolosif s'il omet d'empêcher ou de dénoncer cette situation (section 3.8).

- 15) Le justiciable qui tente d'échapper à une loi en effectuant indirectement ce qu'il ne peut pas faire directement pourra voir son comportement réprimé par le droit criminel. Si la disposition contournée était d'ordre public, l'acte reproché contiendra l'élément de gravité requis pour recevoir une telle sanction (section 1.2).

Soulignons, finalement, que le droit civil pourra constituer un moyen de défense pour un prévenu qui serait accusé de fraude par autre moyen dolosif. En effet, si sa conduite s'avérait légale sur le plan civil, en vertu des principes épistémologiques d'auxiliarité, de gravité et d'unité, un tel comportement ne pourrait pas être illégal sur le plan criminel.

En somme, l'approche que nous proposons a comme avantage de contribuer à faciliter l'application de la troisième modalité de la fraude prévue à l'article 380 C.cr. en diminuant l'incertitude qui y était traditionnellement rattachée. En faisant appel au droit civil et aux lois particulières, elle permet au ministère public et aux justiciables de connaître à l'avance la légalité, d'un point de vue criminel, de divers actes spécifiques. Ainsi, en plus de s'inscrire dans une optique d'unité du droit, notre approche est ultimement harmonieuse avec le principe de *nulla poena sine legge*, qui constitue l'un des fondements de notre droit criminel canadien. Par le biais des différents exemples contenus dans le présent texte, nous espérons avoir pu illustrer ces différentes questions ainsi que les enseignements tirés de la première partie de cette étude.